

**FACULDADES DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE DO
JURUENA – AJES
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

JANE TEREZINHA VERONESE BRAVO

**A CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA SOB A PERSPECTIVA DAS
MEDIDAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA**

JUÍNA/2012

**FACULDADES DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE DO
JURUENA – AJES
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

JANE TEREZINHA VERONESE BRAVO

**A CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA SOB A PERSPECTIVA DAS
MEDIDAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Carla Francerner Cargnelutti

JUÍNA/2012

**A CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA SOB A PERSPECTIVA DAS
MEDIDAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA**

Banca Examinadora da monografia apresentada ao Curso de Direito da AJES, para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof.^a Esp. Carla Francerner Gagneluti

1º EXAMINADOR: _____
Prof.^o Mestre Vilmar Martins de Moura Guarani

2º EXAMINADOR: _____
Prof.^a Mestre Christiane Splicido

Juína, ____ de _____ de 2012.

Dedico este trabalho à minha família. Muito obrigada pela paciência e compreensão pelas horas em que fiquei ausente e pela credibilidade a mim conferida, pois se foi possível vencer esta etapa devo ao amor que recebi de vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, que me deu a força necessária para seguir em frente mesmo quando eu acreditava que não seria capaz.

Agradeço também aos meus professores, pois este trabalho representa uma parcela de tudo que aprendi durante a universidade, assim como do apoio recebido das mais diversas pessoas na minha jornada para obtenção do tão sonhado diploma de bacharel em direito.

Aos meus colegas de faculdade e companheiros de estudo, foi um prazer compartilhar esses últimos anos com vocês.

Agradeço também a minha orientadora pelo tempo a mim dispensado e por ter me oferecido o suporte necessário para realização deste trabalho.

“A vida requer cuidado. Os amores também. Flores e espinhos são belezas que se dão juntas. Não queira uma só, elas não sabem viver sozinhas... Quem quiser levar a rosa para sua vida, terá de saber que com elas vão inúmeros espinhos. Não se preocupe a beleza da rosa vale o incômodo dos espinhos...”

Padre Fábio de Melo.

RESUMO

Desde os primórdios da civilização o papel do chefe de família era incumbido ao homem, contudo, com o avanço da sociedade e o advento de novos conceitos, bem assim a pluralização familiar, essa concepção hoje é inaceitável, pois os papéis se confundiram, uma vez que tanto o homem como a mulher assumiram as funções um do outro, ela invadindo o mercado de trabalho e ele se entranhando na seara doméstica. Partindo dessa nova concepção adveio em nosso ordenamento jurídico a Lei n.º 11.698/2008 a qual efetuou a inserção, no tocante a guarda dos filhos, da possibilidade de responsabilização conjunta, entre pai e mãe, homem e mulher, de maneira paritária das decisões, deveres e bem assim dos direitos inerente ao poder familiar. No presente trabalho será analisado se a guarda compartilhada, a indicada pela lei como sendo a que melhor salvaguarda os interesses da criança e do adolescente, de fato o atende.

Palavras-chave: Família, Guarda Compartilhada, Proteção à Criança.

ABSTRACT

Since the dawn of civilization the role of head of household was entrusted to man, however, with the advancement of society and the advent of new concepts, as well as the pluralization family, this conception today is old and unacceptable because the roles have been blurred, a since both the man and the woman assumed the functions of each other, she invading the labor market and he entranhando the domestic harvest. Based on this new concept stemmed in our legal system the Law no. 11.698/2008 which made insertion, regarding child custody, the possibility of joint accountability between father and mother, male and female, so joint decisions, duties as well as rights inherent in family power. In the present study will examine whether the shared custody, as indicated by the law as being the best that safeguard the interests of children and adolescents, in fact the answer.

Key-words: Family, Shared Guard, Children Protection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. CAPÍTULO 1 – AXIOLOGIA DO DIREITO DE FAMÍLIA	13
1.2 Conceito de família.....	20
1.3 Importância do direito de família perante a sociedade	24
1.4 Casamento e a sua natureza jurídica	26
1.4.1. Dissolução da sociedade familiar e do vínculo conjugal.....	29
3. CAPÍTULO 2 - DIREITO PARENTAL E SUAS PECULIARIDADES	32
2.1 Conceito e espécies	32
2.2 Parentesco	32
2.3 Poder familiar	38
2.4 Alimentos.....	46
2.4.1 Pressupostos essenciais da obrigação de prestar alimentos	50
2.4.2 Pessoas obrigadas a prestar alimentos.....	52
2.4.3. Proteção à criança por meio dos alimentos.....	54
4. CAPÍTULO 3 - DIREITO DE PROTEÇÃO À CRIANÇA.....	57
3.1 Institutos relacionados à proteção da criança	57
3.1.1 Tutela	57
3.1.2. Curatela.....	65
3.1.3 Guarda Compartilhada	68
3.2 O papel do Estado e da família	80
3.3 Medidas específicas de proteção à criança.....	83
5. CONCLUSÕES.....	90
6. REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico abordará as modalidades de guarda de filhos existentes no ordenamento jurídico, sob o enfoque do superior interesse da criança e do adolescente, em especial a guarda compartilhada, a qual foi eleita pela legislação correlata como a que melhor atenderia aos interesses da criança e do adolescente.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo dedica-se aos pilares do direito de família, abordando os seus princípios norteadores, a conceituação do que se entende por família, bem assim a sua relevância perante a sociedade, além dos aspectos mais relevantes acerca da união marital, o seu conceito, a sua natureza jurídica, condições de existência, validade e regularidade, efeitos e dissolução.

O segundo capítulo, abará o chamado Direito Parental, ocasião em que aprofundaremos o estudo das suas espécies de forma individualizada, compreendendo o conceito de parentesco, o instituto do poder familiar, os alimentos e as suas particularidades, notadamente por se tratar de um meio de proteção a criança e ao adolescente.

No terceiro e último capítulo será abordado o Direito de Proteção à Criança, ocasião em que será discorrido a despeito dos institutos de proteção correlatos, tais como a tutela e curatela, bem assim a guarda e suas modalidades, notadamente no que atine ao compartilhamento, sob o enfoque do superior interesse da criança e do adolescente, além de ser arrazoadado sobre o papel do Estado e da Família na proteção dos infantes e, finalmente, as medidas específicas de proteção à criança.

Com isso, será verificado, precipuamente, qual a modalidade de guarda que melhor atente ao interesse da criança e do adolescente, bem assim o papel da família e do Estado em tal mister.

É com a finalidade de esclarecer a evolução da legislação brasileira, notadamente no que atine a proteção da criança e do adolescente quando se fala em guarda dos filhos quando da dissolução do vínculo marital ou da união estável

entre os seus genitores, a fim de constatar a modalidade de que melhor assegura os direitos dos infantes.

A partir destas considerações, o trabalho tem relevância social que pode ser verificada por meio de dados empíricos que demonstram o papel de relevo assumido por meio do instituto da guarda como medida de proteção à criança e ao adolescente.

CAPITULO 1 – AXIOLOGIA DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Princípios do direito de família

Antes de adentrar ao estudo do tema objeto do presente trabalho de conclusão de curso, faz-se imprescindível os nossos conhecimentos sobre o direito de família em si e, neste primeiro tópico, analisaremos os princípios que o norteiam.

Sob este aspecto, insta frisar que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 procuraram se amoldar a então realidade brasileira, incorporando em seu texto os aspectos práticos da vida moderna, ampliando e atualizando a sua redação para que pudesse, efetivamente, regulamentar os aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.

Assim, não é demais salientar que as alterações legislativas procuraram cultivar “a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros”¹ e, claro, os interesses da sociedade.

Nesse passo, convém ressaltar que existem princípios gerais de direito e princípios específicos, também chamados de especiais. Os primeiros se aplicam a todos os ramos do direito, haja vista que emanam valores de caráter geral, enquanto que os princípios específicos são inerentes a determinadas matérias legais, ou seja, são próprios de cada área do direito.

Também não podemos esquecer que a Constituição Federal traz em seu bojo diversos princípios, explícitos e implícitos, os quais são atualmente considerados leis das leis, pois deixaram o caráter simbólico que lhes era conferido pela doutrina clássica e passaram a ter força normativa².

¹ GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

Isso porque, nos dias atuais os princípios “possuem eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade”³ a que estavam renegados.

Sob este aspecto, se faz necessário trazer à luz o conceito de princípio e, para tanto, vejamos a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes de um todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos⁴.

E Miguel Reale alude, ainda, que:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários⁵.

Assim, se pode dizer que os princípios são mandamentos de extremada relevância que norteiam a forma de interpretação e aplicação da lei, possuindo caráter geral, já que não visa disciplinar determinada situação e representam valores supremos elegidos pela comunidade jurídica, servindo como vetor para todo o ordenamento jurídico.

Frise-se que possuem sentido deontológico, não se encontram na seara do ser, mas do dever-ser⁶.

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 57.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 747-748.

⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60.

⁶ *Idem*.

É claro que a concepção supra é de extremada discussão jurídica, pois há diversas definições do que se entende por princípios, a maioria de caráter filosófico e que não serão abordadas no presente estudo.

Tecidas estas considerações, passe-se ao estudo dos princípios norteadores do chamado novo direito das famílias, os quais se encontram no bojo da Constituição Federal, a saber: da razão do matrimônio e da união estável, princípio da igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da solidariedade familiar, princípio do pluralismo familiar, princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos e princípio da afetividade.

Desde já se torna necessário salientar que a apresentação dos princípios norteadores do direito de família varia de acordo com a metodologia de cada doutrinador, sendo certo que no presente trabalho muito se baseou nas obras de Diniz e Dias.

Prosseguindo, o princípio do matrimônio e da união estável⁷, citado por Maria Helena Diniz, consubstancia-se no afeto que embasa a relação marital entre os cônjuges ou conviventes.

A professora Diniz, a este respeito, pontua que:

O afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliado ao dever de ser leal e solidário.⁸

Logo, deve-se avaliar que a razão do matrimônio, ou seja, o motivo pelo qual duas pessoas resolvem se unir física e espiritualmente para gozarem uma vida em comum é justamente o elemento propulsor do ser humano, qual seja o afeto, o amor.

Prosseguindo, também não se pode esquecer do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros, segundo o qual homens e mulheres possuem os mesmos direitos e obrigações enquanto casal. Por meio desse princípio caiu por terra o arcaico poder marital, de modo que todas as decisões que

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸ *Idem*, p. 19.

anteriormente cabiam, com exclusividade, ao então nominado chefe de família, devem ser tomadas de comum acordo entre cônjuges ou conviventes.

Em decorrência, não há mais quaisquer desigualdades de direitos e deveres entre o marido e mulher ou conviventes, até mesmo porque não há mais diferenciação no direito civil material entre eles, conforme se extrai do artigo 226, §5º da Constituição Federal, pois foi instituída a paridade dos cônjuges ou conviventes nas relações pessoais e patrimoniais⁹.

Neste sentido de raciocínio, os artigos 1.511, 1565 a 1567 do Código Civil que se constatará que a organização e direção da família se encontram alicerçadas no princípio da igualdade de direitos e incumbências entre os cônjuges/conviventes, sendo atribuído de forma paritária deveres recíprocos entre homem e mulher, podendo, inclusive, qualquer nubente acrescer o seu patronímico de família ao do outro, dentre tantos outros dispositivos legais que elegem de forma igualitária tanto o aspecto patrimonial como no que diz respeito a guarda dos filhos¹⁰.

A despeito deste princípio, arremata Carlos Roberto Gonçalves dizendo que “o patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna”¹¹.

No tocante ao princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, o qual se encontra explícito na Carta Maior no artigo 227, §6º e no Código Civil nos artigos 1.596 a 1.629, segundo o qual todos os filhos são iguais perante a lei, seja havido ou não da relação matrimonial-convivencial, ou seja, oriundo do ato da adoção, sendo vedada qualquer discriminação em relação aos mesmos.

A despeito, Maria Helena Diniz pontifica que:

(a) Nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação. De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em

⁹ *Idem*, p. 22.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 66.

¹¹ GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial reconhecido e não reconhecido.¹²

Assim, depreende-se que o poder constituinte originário deu fim a celeuma existente entre filhos consanguíneos ou não, legítimos ou não, acabando, de uma vez por todas com qualquer designação discriminatória em relação a eles.

Portanto, extrai-se que o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, assim como da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges e companheiros são, na verdade, desdobramento do princípio da liberdade *lato sensu* expresso no artigo 5º. da Constituição Federal, ora voltados para o âmbito familiar.

Logo, “hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”¹³

Maria Berenice Dias menciona em sua obra o princípio da solidariedade familiar, o qual pode ser facilmente vislumbrado em vários artigos do Código Civil e da própria Constituição Federal, tais como o dever de assistência mútua entre os pais no que atine a prole, consoante previsão expressa da Constituição em seu artigo 229, como também a incumbência de amparo às pessoas da melhor idade expressa no artigo 230 da Carta Magna¹⁴.

Elucidando o tema a jurista esclarece que:

A lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao dispor que o **casamento** estabelece plena comunhão de vidas (CC 1.511). Também a obrigação alimentar dispõe este conteúdo (art. 1.694). Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de **alimentos**. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigi-la daquele a quem se negou a prestar auxílio.¹⁵ (destaque da autora).

Neste passo, não é demais ressaltar que o princípio da solidariedade nas relações familiares conjuga, também, a fraternidade e a reciprocidade, de modo que todos os integrantes do grupo familiar possuem deveres uns para com os outros.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.22-23.

¹³ GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 66.

¹⁵ *Idem*, p. 67.

Prosseguindo, não podemos nos esquecer do princípio do pluralismo familiar, o qual é aceito tanto pela doutrinadora Maria Helena Diniz como por Maria Berenice Dias e diz respeito ao fato de que hoje o Estado reconhece a existência de diversas possibilidades de entidades familiares.

Isso porque nos tempos atuais é mais do que reconhecido a existência de vínculos familiares outros que não somente o decorrente do matrimônio.

Para Maria Helena Diniz “a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental)”¹⁶, enquanto para Maria Berenice Dias, além destas entidades familiares, há, ainda, a família advinda da união homoafetiva, das uniões estáveis paralelas e famílias pluriparentais.¹⁷

Outrossim, não se pode deixar de citar o princípio que possui especial relevo para o presente trabalho, qual seja o da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos, citado por Maria Berenice Dias, que “incorporando a **doutrina de proteção integral** e vedando referências discriminatórias entre os filhos (CF 227, §6º), alterou profundamente os vínculos da filiação”.¹⁸

Para Dias,

A maior **vulnerabilidade e fragilidade** dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da **prioridade absoluta**, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças, adolescentes e jovens dos direitos fundamentais específicos, que lhes são consagrados constitucionalmente¹⁹. (destaque da autora).

Os dispositivos contidos na Constituição Federal de proteção à criança e ao adolescente foram devidamente regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/1990 e, no que diz respeito ao idoso, a sua tutela se encontra devidamente implementada por meio do Estatuto do Idoso.

Finalmente, dentre os mais importantes princípios que regem o direito de família, não pode se esquecer do princípio da afetividade, que, apesar de não estar

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 67.

¹⁸ *Idem*, p. 68. (destaque da autora).

¹⁹ *Ibidem*.

consignado de forma expressa na Carta Constitucional, é protegido constitucionalmente, ainda que de forma indireta.

Sobre o assunto, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona apontam que “todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”²⁰.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias aponta que:

Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as **uniões estáveis**, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico²¹. (destaque no original).

Assim, não obstante o termo afetividade não tenha sido empregado na Constituição Federal, quando esta tutela, por exemplo, a união estável como entidade familiar, a qual se consubstancia em uma união informal entre um homem e uma mulher pela pura e simples existência de um ele afetivo, acaba erigindo a afetividade como um princípio norteador do direito de família.

É em decorrência deste princípio que, segundo a jurista, é reconhecida a igualdade entre irmãos consanguíneos e os adotivos.

Citando Paulo Lôbo, a doutrinadora esclarece que na Constituição Federal há:

(...) quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227,§6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§5º e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 §4º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).²²

Assim, é com base no princípio da igualdade entre os filhos, do instituto da adoção como sendo uma escolha do casal ou da pessoa adotante embasada estritamente no afeto, do reconhecimento da família monoparental e do direito à

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 70.

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 70, *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Famílias. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

convivência familiar que se encontra fundamentado o princípio da afetividade, conferindo, de certa forma, valor jurídico ao afeto.

A despeito, Maira Berenice elucida que “a **posse do estado de filho** nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado”²³, assim se vislumbra que o sentimento que embasa a relação familiar é extremamente valorizado pelo legislador, tanto o constituinte como o infraconstitucional.

1.2 Conceito de família

Não poderíamos prosseguir no estudo do direito de família sem efetuarmos a sua conceituação, contudo, tal mister não se difere dos demais institutos jurídicos que pendem de definição, pois não há um conceito aceito unanimemente, puro, pronto e acabado acerca da família, notadamente diante do fato de que a família da atualidade possui várias formatações.

Assim, também na seara familiar é cabível ancianíssimo ditado popular que articula que “para cada cabeça há uma sentença”, já que para cada estudioso do direito das famílias há uma conceituação diferente a despeito do tema.

Destarte, no presente tópico traremos à luz a conceituação efetuada por diversos juristas, bem assim a contida na Constituição Federal, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e, ao final, externaremos o nosso próprio entendimento a respeito do tema.

A esse despeito, Maria Helena Diniz leciona que:

Na seara jurídica encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo *família*: a) a amplíssima; b) a lata e c) a restrita. a) No *sentido amplíssimo* o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos (...) b) Na *acepção “lata”*, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro (...)) c) Na *significação restrita* é a *família* (CF, art. 226, §§ 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), e *entidade familiar* a comunidade formulada pelos pais,

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 71.

que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independentemente de existir vínculo conjugal, que a originou)²⁴.

Compreende-se do texto supra que família, no sentido restrito, que é o que será utilizado no presente, difere-se de entidade familiar justamente em decorrência de que, no primeiro, é o laço matrimonial que une os cônjuges, enquanto que a entidade familiar é formada pela união estável entre os pais, sendo que em ambos os casos há, ainda, para a sua constituição a presença da prole.

A doutrinadora ainda prossegue, em sua obra, elucidando que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 reconhecem “como *família* a decorrente do matrimônio (art. 226, §§ 1º e 2º, da CF/88) e como *entidade familiar* não só a oriunda de união estável como também a comunidade monoparental (CF/88, art. 226, §§ 3º e 4º)”²⁵, a qual é constituída por quaisquer dos genitores e seus descendentes, “independentemente do vínculo conjugal que a tenha originado”²⁶.

Prosseguindo, a jurista esclarece que de acordo com as acepções supra o termo família é empregado pela legislação com base em alguns critérios, a saber: critério sucessório, segundo o qual família compreende as pessoas que devem herdar uma das outras; critério alimentar, pelo qual família é considerada todos aqueles que possuem o dever de prestar alimentos; critério da autoridade, por meio do qual considerasse família os pais e filhos menores; pelo critério fiscal de acordo com o qual família seria os cônjuges ou companheiros, os filhos maiores inválidos ou que cursem ensino superior dependentes do pai até 24 anos, os filhos menores, as filhas solteiras, etc. e, finalmente, sob o enfoque previdenciário, a família seria o casal, os filhos de qualquer condição até os 21 anos ou inválidos, enteados e menores sob tutela²⁷.

Por fim, a jurista arremata que, para fins didáticos, as espécies de família se dividem de acordo com a sua fonte, ou seja, seja pelo matrimônio, o companheirismo ou a adoção. A primeira, como a própria nomenclatura sugere, é

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 09-11.

²⁵ *Idem*, p. 11.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibi idem*, pp. 11-12.

advinda do casamento, de modo que é composta pelos cônjuges e a prole, a segunda é a formada apenas pela união afetiva entre o casal e, por último, a adotiva é a formada por meio da adoção de um dos filhos.

Já para Sílvio de Salvo Venosa família pode ser conceituada tanto em seu sentido amplo, como em sentido restrito. No primeiro, família é constituída por todo e qualquer vínculo parentesco, ou seja, é “o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar”²⁸, compreendendo “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”²⁹, enquanto que o conceito estrito de família engloba unicamente o núcleo familiar constituído pelos genitores e a prole.

Contudo, o próprio jurista pondera que a Constituição, em seu artigo 226, §4º, considera, também, como família a entidade formada por apenas um dos genitores e sua prole, a chamada família monoparental.

Assim, não é demais dizer que a Constituição Federal alargou o conceito de família atentando-se para a atual realidade, conferindo viés jurídico ao relacionamento afetivo alheio ao casamento, afastando-se da ideia de família o pressuposto do casamento, conferindo caráter familiar a união estável entre mulher e homem.³⁰

Segundo Paulo Lôbo disserta em sua obra sobre o perfil da família contemporânea, embasando-se em pesquisas realizadas pelo Censo Demográfico e pelo IBGE, o que lhe oportunizou verificar que houve uma queda considerável do chamado “modelo de família nuclear (pai, mãe e filhos), constituída pelo casamento ou pela união estável”³¹ e ilustra, com dados científicos, que:

Em 1995, 57,6% dos domicílios eram constituídos de famílias nucleares, enquanto em 2005 tinham caído para 50%. Ou seja, em metade dos domicílios as pessoas convivem em outros tipos de entidades familiares ou vivem sós (estes perfaziam 10,4% do total). A PNAD de 2006 revelou uma tendência de crescimento da taxa de conjugalidade, quase na mesma proporção com a de divórcios, apresentando o casamento número absoluto

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil (Direito de Família)**. 8ª. ed., v.6. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02.

²⁹ *Idem*.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, pp. 36-37.

³¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

superior: comparando com o ano de 2005, houve 889.828 casamentos (crescimento de 6,5%) e 162.244 divórcios (crescimento de 7,7%)³².

A Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAD) do ano de 2011 atestou que:

(...) 57,1% da população vivia em união com cônjuge ou companheiro(a). Na população com 15 anos ou mais de idade, 57,1% (85,5 milhões) viviam em união com cônjuge ou companheiro(a). A região Sul tinha a maior participação de pessoas vivendo em união (61,9%) e o Nordeste, a menor (55,4%). Já na análise do estado civil, havia maior percentual de pessoas solteiras (48,1%) do que casadas (39,9%), situação que se repetiu em todas as regiões³³.

Dos dados supra pode-se inferir que a família brasileira vem se metamorfoseando a cada geração e não é demais afirmar que, em breve, as uniões estáveis irão ultrapassar as matrimoniais, a qual será cada vez mais rara, bem assim que a entidade familiar será multifacetada, tal como já o é nos dias atuais, mas ganhará cada vez mais notoriedade e reconhecimento, inclusive jurídico.

Convém, também, grafar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 25, considera família o grupo constituído pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, ou seja, tanto a família monoparental como a pluriparental.

Nesse mesmo sentido de raciocínio, não podemos deixar de trazer a lume que a Lei nº. 12.435/2011, a qual efetuou alterações substanciais na Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº. 8.742/1993, modificando, de certa forma, o conceito de família para fins de concessão de benefício assistencial de amparo ao idoso e ao portador de deficiência física, senão vejamos:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (destaque nosso).

³² *Idem*, p. 22.

³³ INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA ESTATÍSTICA. **PNAD 2011: crescimento da renda foi maior nas classes de rendimento mais baixas.** Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2222&id_pagina=1. Acesso em: 13/11/2012.

Logo, compreende-se da nova redação do § 1º do artigo 20 do LOAS que a família, para fins de concessão do benefício atinente, abrange madrasta e o padrasto, na ausência dos pais, enteados e tutelados, desde que todos convivam sob o mesmo teto.

Contudo, há quem diga que o conceito acima é um tanto quanto restritivo, não abarcando a realidade das famílias brasileiras, notadamente pelo fato de consignar expressamente as pessoas que serão consideradas como integrantes do núcleo familiar.

Por oportuno, nada mais sensato do que acreditarmos que o Código Civil traz em seu bojo a definição de família, já que o direito de família tem um livro exclusivo, a saber, Livro IV, artigo 1511 ao artigo 1783, dispondo de quatro títulos para regulamentar todos os institutos a ele inerentes, contudo, o chamado “novo” Código Civil em nada acresceu ao ordenamento jurídico a este respeito, daí porque o conceito de família coube, precipuamente, à doutrina e à legislação esparsa, bem assim, em parte, à Constituição Federal, a qual deu maior amplitude ao alusivo conceito.

Nesse sentido, não poderíamos deixar de trazer à luz o entendimento a despeito do que deve ser entendido por família, os quais podem dizer que se encontra embasados mais na atual realidade brasileira do que na legislação propriamente dita, pois família é a união afetiva entre qualquer pessoa, independentemente de sexo, seja oriunda do matrimônio ou não, e da qual adveio filhos, como também pode ser formada por qualquer indivíduo, independente da orientação sexual e de seus descendentes.

1.3 Importância do direito de família perante a sociedade

Conceituado o que se entende por família, necessário se faz entendermos como se constitui o direito de família para, na sequência, analisarmos a sua importância perante a sociedade.

Nesse ponto, Maria Helena Diniz, citando Clóvis Beviláqua, discorre que o direito de família é:

(...) o complexo de 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, a união estável, as relações de pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.³⁴

Assim, podemos dizer que o direito de família é um ramo do direito civil que abrange as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais entre cônjuges e companheiros, pais e filhos, os institutos da tutela e da curatela e, para alguns juristas, da ausência, além do vínculo de parentesco.

Logo, o direito de família abrange “o casamento, a união estável, as relações de parentesco e os institutos de direito positivo”.³⁵

A família é a célula base da sociedade, pois representa alicerce de toda a organização social, o que explica o fato de o Estado buscar preservá-la e protegê-la, inclusive com a instituição do casamento, em determinado período da evolução humana, como uma “convenção social para organizar os vínculos interpessoais”³⁶.

Tanto é assim que a família recebe especial atenção estatal, tido, por muitos, como a missão maior do Estado a preservação do instituto familiar sob o qual descansam seus alicerces.

Nesse passo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem já rezava que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Assim, é um instituto de suma importância que deve sim ser tutelado da forma mais ampla possível.

Deste modo, o direito de família é indispensável em qualquer sociedade, pois regulamenta todos os seus aspectos, desde o enlace matrimonial até o divórcio, passando pelos alimentos, além dos institutos da tutela, da curatela, da filiação, etc., ou seja, possibilita a existência da família, de forma organizada, sob todos os enfoques, perante a sociedade.

Como se não bastasse, o direito da família influencia diversos outros ramos jurídicos, tanto de direito público como de direito privado.

³⁴ *Op. cit.*, p. 03, *apud*, BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. 1ª. ed. 1954, v.2, p.6.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 05.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 27.

1.4 Casamento e a sua natureza jurídica

O casamento, em uma análise apenas perfunctória e desprovida de viés jurídico, é o enlace entre duas pessoas, a princípio de sexos distintos, unidas pelo mais profundo sentimento: o amor, mediante a promessa de fidelidade e companheirismo.

Contudo, de acordo com Washington de Barros Monteiro, o casamento é uma “instituição permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”³⁷, enquanto que para Regina Beatriz Tavares da Silva o casamento é a “comunhão de vidas entre dois seres humanos, que tem em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais”³⁸.

Destarte, para Regina, ao contrário do pensamento de Washington, o enlace matrimonial não pode ser visto sob o enfoque da procriação, ou seja, que a sua finalidade seria a reprodução, de modo que a ajuda mútua, de acordo com a autora, “sempre será não só finalidade, mas também efeito jurídico do casamento”.³⁹

Nesse aspecto, o entendimento esposado por Silva, já que de acordo com a concepção hodierna, o casamento não pode mais ser visto como mera união sob os olhos da Igreja e da sociedade para fins de procriação, tudo nos conformes, notadamente porque há casais que optam por não terem filhos.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, esclarece que diante das inúmeras conceituações já formuladas a respeito do casamento a que julga ser a mais precisa é a formulada por José Lamartine Corrêa de Oliveira, o qual conceitua a instituição sacra como sendo,

(...) o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida.⁴⁰

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ In GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

Assim, para o jurista o casamento se trata de um negócio jurídico que vincula homem e mulher por meio da união matrimonial.

A professora Maria Berenice Dias, citando Lamartine, pontua que:

Casamento tanto significa o **ato de celebração** do matrimônio como a **relação jurídica** que dele se origina: **a relação matrimonial**. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de **comunhão de vidas**, ou **comunhão de afetos**.⁴¹ (grifos do original).

E prossegue esclarecer que o casamento “além de estabelecer a sociedade conjugal e proceder à alteração do estado civil dos cônjuges, gera dois vínculos: (a) vínculo conjugal entre os cônjuges; (b) vínculo de parentesco por afinidade”⁴².

Para Dias, o casamento possui dois significados, quais sejam o ato de sua celebração em si, bem assim a relação jurídica e dele advém, ou seja, a relação matrimonial que é justamente a comunhão de vidas, e, como toda relação jurídica, possui os seus efeitos que são o vínculo conjugal entre os nubente e o parentesco por afinidade.

No que se refere a natureza jurídica do casamento não há pacificação doutrinária a respeito.

Hoje em dia existem três correntes que tentam definir a natureza jurídica do casamento, a saber: a individualista, a institucional e a eclética⁴³.

A corrente individualista também chamada de clássica ou contratualista defende que o casamento seria um mero contrato formado pela união de vontades com a finalidade de obter efeitos na seara jurídica. Tal corrente sofre forte influência do direito canônico e tem como adeptos Caio Mário da Silva Pereira, Paulo Lins e Silva, Orlando Gomes, Camilo de Lelis Colani Barbosa, entre outros.

A doutrina institucional ou supraindividualista, enaltece o emaranhado de normas jurídicas que os noivos aquiescem, segundo a qual o casamento é uma instituição social, porquanto “reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se encontram preestabelecidos pelo legislador”⁴⁴.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice, p. 145.

⁴² *Idem*. (destaque do original).

⁴³ *Ibidem*, p. 146.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

Por sua vez, a corrente mista, também chamada de eclética, vislumbra o casamento como “um ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo”⁴⁵ e, por ser tanto contrato como instituição é considerado um contrato típico de direito de família.

No que refere a divisão existente acerca do Direito de Família, ou seja, se é matéria pertencente ao direito público ou ao direito privado, Paulo Lôbo leciona que o Direito de Família é um instituto eminentemente de direito privado, porquanto não obstante regido por normas de direito público os sujeitos de sua relação são entes privados⁴⁶ e, ainda, elucida que:

Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato de ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa.⁴⁷

Assim, se pode dizer que não obstante o direito de família seja regido por normas de direito público, tal fato não lhe retira o caráter privado, pois, entre as relações familiares, pais e filhos, marido e mulher, o Estado não pode intervir diretamente, já que não pode determinar como os pais devem educar e criar os seus filhos, como os filhos devem se comportar, etc.

Para Washington de Barros, o casamento possui natureza de ordem pública, já que a legislação matrimonial é cogente, ou seja, não pode ser derogada ou abrogada pelas partes, além de possuir como características a união exclusiva entre os cônjuges, a comunhão de vida entre eles, bem assim que se trataria de negócio jurídico puro e simples, não comportando termo ou condição⁴⁸.

Para Diniz o casamento ainda possui como caractere a liberdade na escolha do nubente, diante da natureza pessoal do matrimônio, bem assim que se trata de uma união permanente, a qual alude ser “indispensável para a realização dos

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 146.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

valores básicos da sociedade civilizada”⁴⁹ e a solenidade do ato nupcial, porquanto deve ser celebrado com a observância da legislação atinente.⁵⁰

1.4.1. Dissolução da sociedade familiar e do vínculo conjugal

Inicialmente, é de bom alvitre salientar que a diferença basilar entre a separação judicial, instituto expurgado do nosso ordenamento jurídico conforme se verá mais adiante, do divórcio reside no fato de que o primeiro somente findava a sociedade conjugal, tal qual a morte de um dos consortes e a anulação do casamento, mas impossibilitando que fosse convolada novas núpcias, enquanto que o divórcio coloca fim ao vínculo conjugal, dissolvendo-o de uma vez por todas, ficando livres os divorciados para se casarem mais uma vez.

Assim, como bem obtempera Maria Berenice Dias, “a separação terminava o casamento que, no entanto, só se dissolvia com o divórcio”⁵¹.

Nesse ponto, é necessário que a Emenda Constitucional nº. 66 de 2010 alterou a redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal/88, suprimindo as exigências outrora feitas pela legislação, qual seja, anterior separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos para fins de decretação do divórcio.

Deste modo, o remissivo § 6º do artigo 226 da Constituição, que outrora dispunha da seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” hoje se encontra assim redigido “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Com referida mudança, os cônjuges, sem intervenção estatal na intimidade, podem exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos, bastando a vontade dos

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 297.

cônjuges em dissolver definitivamente o vínculo matrimonial, independentemente de qualquer outro requisito prévio.

Sob este aspecto, Dias menciona que:

Com o fim do instituto da separação o art. 1.571 perdeu sentido, por não existir mais qualquer causa que “termine” a sociedade conjugal, a não ser a separação de fato e a separação de corpos. Somente pode ocorrer a sua “extinção” pela morte de um dos cônjuges; quando do trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento; ou com o divórcio⁵².

A partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010 houve a derrogação de todos os dispositivos atinentes a separação judicial, por contrariarem, expressamente, a nova redação conferida ao artigo Constitucional, de modo que os juristas têm afirmado, reiteradamente, que sequer existe a necessidade de que os dispositivos da lei infraconstitucional sejam revogados expressamente.

Nesse sentido, a única ação cabível para o fim de dissolver a sociedade e o vínculo conjugal é o divórcio, isso para fins jurídicos, já que não podemos negar que é com a separação de fato que os consortes colocam um ponto final na relação matrimonial, fazendo com que sejam cessados todos os efeitos, direitos e deveres inerentes ao casamento, circunstancia esta que já vem sendo defendida pela jurisprudência pátria.

Frise-se, que é somente após a decretação judicial da separação que são cessados, para fins jurídicos, os efeitos do casamento, retroagindo os seis efeitos à separação cautelar, tudo nos exatos termos do artigo 8º da Lei do Divórcio, a saber: “Art 8º - A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, o à da decisão que tiver concedido separação cautelar”, efeito esse que a sentença que decreta o divórcio não possui.

De acordo com o artigo 1.124-A do Código de Processo Civil⁵³, não havendo filhos menores e estando os cônjuges acordes sobre a partilha dos bens, o divórcio

⁵² *Op. cit.*, p. 299.

⁵³ Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

pode ser levado a efeito por meio de escritura pública, ou seja, sem a necessidade de intervenção judicial.

Repise-se que não há mais qualquer restrição para a efetivação do divórcio, o qual pode ser concretizado a qualquer tempo, possui o condão de por fim a sociedade conjugal e de, ao mesmo tempo, dissolver o casamento⁵⁴, além de alterar o estado civil dos consortes de casados para divorciados.

De outro vértice, no que atine aos filhos, não há qualquer alteração dos direitos e deveres dos pais para com eles, contudo, tal circunstância será devidamente abordada em um capítulo próprio, ocasião em que serão analisados os todos os aspectos atinentes a proteção da criança e do adolescente que viu o vínculo matrimonial ou afetivo de seus genitores desfeitos pela separação.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Redação dada pela Lei nº 11.965, de 2009)

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

⁵⁴ Art. 1.571. **A sociedade conjugal termina:**

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

§ 1º **O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio**, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente. (negrito).

CAPÍTULO 2 - DIREITO PARENTAL E SUAS PECULIARIDADES

2.1 Conceito e espécies

O direito parental é o ramo do direito de família que rege as relações de parentesco, abordando todos os institutos que lhe são inerentes, quais sejam a filiação, as relações de parentesco, a adoção, o poder familiar, outrora nominado pátrio poder, e os alimentos.

A referida divisão é efetuada pela jurista Maria Helena Diniz com fins eminentemente didáticos, a fim de facilitar o estudo do direito parental, haja vista que nas demais obras consultadas para a elaboração do presente trabalho tal distinção não é realizada.

Lembremos, ainda, que as relações de parentesco está contida, sistematicamente, no Capítulo XI que versa sobre a Proteção da Pessoa dos Filhos.

A despeito do direito parental, Diniz, citando Orlando Gomes, aponta que este rege as “relações pessoais entre parentes e relações econômicas, como dever de sustento dos pais, poder familiar quanto à pessoa e aos bens dos filhos e obrigação de prestar alimentos”⁵⁵.

Tecidas estas breves considerações, passaremos ao estudo dos institutos que integram o denominado direito parental, notadamente os que possuem maior relação com o presente trabalho.

2.2 Parentesco

As relações de parentesco são regidas pelos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil, contudo, a *lex* não traz em seu bojo um conceito definitivo a respeito do tema.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

Assim, recorreremos à doutrina para tentar definir o que se entende por parentesco, sendo que, para Diniz:

*Parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo.*⁵⁶ Destaque no original.

Compreende-se que para a estudiosa o parentesco não se define apenas pela consanguinidade, como também pelos laços familiares que se estabelecem entre cônjuges e companheiros com a família do outro, ou seja, também decorre da afinidade, assim como da adoção e entre pai institucional e filho socioafetivo.

A esse despeito, reza o Código Civil que: “Art. 1.591. São parentas em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”.

Maria Berenice Dias pontua que não são parentes os cônjuges e companheiros, não obstante ambos integrem a família, lembrando que parentesco e família não se confundem, pois são ramos distintos, contudo, por força de disposição legal, os cônjuges e companheiros mantem vínculo de afinidade com os parentes do outro⁵⁷.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, parentesco nada mais é senão “a relação jurídica, calcada na afetividade e reconhecida pelo Direito, entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência, descendência ou colateralidade, independentemente da natureza (natural, civil ou por afinidade)”⁵⁸.

Nesse passo, reza o artigo 1.595, *caput*, do Código Civil, *in verbis*: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”, dispondo os §§ 1º e 2º que o parentesco por afinidade se limita aos ascendentes, descendentes e aos irmãos do par e que, mesmo com a dissolução da união a afinidade não se extingue em linha reta.

Já Silvio de Salvo Venosa, define o parentesco como sendo “o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra e ou

⁵⁶ DINIZ, p. 443.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 337.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 643.

de ambas procederem de um genitor em comum”⁵⁹, contudo, tal definição é um tanto quanto restrita, pois exclui o parentesco por afinidade, bem assim, como o próprio autor pondera, o parentesco socioafetivo.

Efetuada uma breve definição do que os doutrinadores vêm apontando como parentesco verá então a sua classificação.

2.2.1 Modalidades de parentesco e contagem de graus

Há vários critérios classificatórios das espécies de parentescos, fazendo a própria lei tal enumeração, a saber: parentesco natural ou consaguíneo (artigo 1593 do Código Civil), por afinidade (artigo 1.595 do CC) e o parentesco civil (artigo 1.593, do CC) que compreende o socioafetivo (art. 1.593, e art. 1.597, V, ambos do CC).

Outrossim, Stolze e Pamplona Filho apontam que o parentesco também se organiza por linhas e em graus, admitindo-se, desta maneira, ainda mais critérios de classificação⁶⁰.

A despeito do tema, vejamos a redação do artigo 1.593 do Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

O referido artigo estipula acerca dos parentescos natural ou consanguíneo e o civil. O primeiro, como a que a própria nomenclatura remete, é o existente entre as pessoas pertencentes a um mesmo tronco, que sejam ascendentes ou descendes uma das outras, ligadas por laços sanguíneos.

A respeito o artigo 1.591 do Código Civil leciona que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”, enquanto que o artigo 1.592 da mesma *lex* estipula que “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma das outras”.

Logo, o parentesco natural ou consanguíneo em linha reta não há limite de gerações, enquanto que em linha colateral ou transversal coexiste a alusiva relação tão somente até o quarto grau.

⁵⁹ VENOSA, p. 203.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 644.

Dias pontifica que “falar em **linha de parentesco** é identificar a vinculação da pessoa a partir de um **ancestral comum**”⁶¹ de modo que “são parentes em linha reta aqueles que descendem uns dos outros. Na linha colateral, as pessoas relacionam-se com um **tronco comum**, sem descenderem umas das outras”⁶².

Assim, tratando-se de parentesco em linha colateral, não existe parente em primeiro grau e o parentesco se encerra no quarto grau, de modo que “os irmãos são parentes em **segundo grau** na linha colateral. Tios e sobrinhos são parentes colaterais de **terceiro grau**”.⁶³

Sob este aspecto Diniz pondera que o parentesco natural pode ser matrimonial e não matrimonial, duplo ou simples.

O parentesco matrimonial é o advindo do casamento, enquanto que o não matrimonial é o oriundo de relação estável, concubinato e relação sexual eventual, bem assim que o duplo é o gerado pelos mesmos pais e o simples por somente um dos genitores em comum⁶⁴.

De outro viés, o parentesco civil é tradicionalmente considerado aquele gerado pela adoção, através do qual se estabelece vínculo de filiação entre adotante e adotado, o qual se estenderá aos parentes daquele.

Desse modo, também por força legal (art. 1.626 do CC), pais e filhos adotivos serão considerados parentes civis, distinção realizada pela lei entre o parente natural que é taxada de discriminatória por Dias.

Para Stolze, Pamplona, Dias e Lôbo o parentesco civil deve ter a sua concepção ampliada diante das modernas técnicas de reprodução assistida, de modo que o parentesco civil deve ser considerado como sendo qualquer outro que não de origem biológica.

Convém ressaltar que o ordenamento jurídico sempre existiu o parentesco resultante da consanguinidade e da afinidade, ponderando o jurista Paulo Lôbo que com o advento do Código Civil de 2002 foi inserido no ordenamento pátrio “um novo

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 340. (destaque no original).

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 341.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 444.

tipo de parentesco, baseado nos avanços biotecnológicos, referentes à reprodução humana artificial ou assistida”⁶⁵.

Também a esse respeito, Stolze e Pamplona elucidam que:

Se o parentesco natural decorre da cognação, ou seja, do vínculo da consanguinidade, o denominado parentesco civil resulta da socioafetividade pura, como se dá no vínculo de filiação adotiva, no reconhecimento da paternidade ou maternidade não biológica calcada no afeto, na filiação oriunda da reprodução humana assistida (em face do pai ou da mãe não biológicos), enfim, em todas as outras situações em que o reconhecimento do vínculo familiar prescindiu da conexão do sangue.⁶⁶

Corroborando o entendimento explanado pela doutrina a despeito do que se deve entender, hodiernamente, sobre o parentesco civil, Diniz também aponta o parentesco socioafetivo como sendo uma de suas modalidades, nos termos dos artigos 1.593 e 1.597, inciso V, ambos do Código Civil, pois não obstante em tais situações não haja vínculo biológico entre pais e filhos há o vínculo afetivo⁶⁷.

A título esclarecedor a filiação socioafetiva é aquela originária através da chamada posse de estado de filho, que é quando o indivíduo usufrui de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, ou seja, ele se sente filhos e se porta como tal sem, na realidade, o ser.

Logo, a “**filiação socioafetiva** assenta-se no reconhecimento da posse do estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto”⁶⁸, visto que o direito tutela a aparência conferindo-lhe viés jurídico⁶⁹.

Finalmente, não se pode esquecer o parentesco por afinidade, o qual é, por sua vez, estabelecido por força legal (art. 1.595 do CC) entre cada cônjuge ou companheiro com os parentes do outro.

Sobre o tema, Paulo Lôbo esclarece que:

⁶⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 422.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 646.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5ª vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 445.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 363.

⁶⁹ Dias leciona em sua obra que para que a doutrina reconheça a posse de estado de filho mister a presença de três requisitos: “*tractus* – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado com o filho pelo pai e pela mãe; *nominativo* – usa o nome da família e assim se apresenta; *reputatio* – é reconhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais”.(p. 363).

A afinidade comporta, como o parentesco consanguíneo, duas linhas: a reta e a colateral, abrangendo a primeira a linha ascendente e a descendente. Na linha reta ascendente estão sogro, sogra, padasto e madrastra, no mesmo grau que pai e mãe. Serão eles, destarte, afins em primeiro grau. Na linha reta descendente encontram-se genro, nora, enteado e enteada, no mesmo grau de filho ou filha; serão eles, portanto, igualmente, afins do primeiro grau. Na linha colateral, para a contagem dos graus, um dos cônjuges fica colocado na posição do outro, com relação aos parentes deste; cunhados serão, assim, afins de segundo grau. Acentue-se que o parentesco por afinidade é ilimitado na linha reta e limitado na linha colateral aos irmãos do cônjuge ou companheiro.⁷⁰

Compreende-se, assim, que ao parentesco por afinidade, que existe por força de disposição legal, aplicam-se as mesmas regras referentes a classificação por linha e por graus do parentesco natural, bem assim que tem por escopo a preservação de interesses de caráter moral.

Assim, no que atine a classificação quanto a sua natureza, o parentesco pode ser de caráter civil, natural ou por afinidade, em relação às linhas, poder ser em linha reta ou colateral e, tangente aos graus, este observa o número de gerações, tanto no parentesco em linha reta como em linha colateral, sendo que, neste caso, deve-se primeiro subir até o ascendente comum e depois descer até encontrar o outro parente⁷¹.

Em caso de dissolução do casamento ou da união estável, insta gizar que o parentesco por afinidade em linha reta não se extingue, nos termos do artigo 1.595, § 2º do Código Civil, a fim de resguardar a moral e os bons costumes.

Em tempo, oportuno salientar que o parentesco acarreta algumas restrições no que atine aos atos da vida civil, as quais estão relacionadas no artigo 1.521, incisos I e IV do Código Civil, artigo 42, §1º do ECA, artigos 801 “c” e 829 do CLT e artigos 134, IV e V e 414 do CPC.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 427.

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011.

2.3 Poder familiar

Inicialmente, é de todo oportuno esclarecer que a expressão poder familiar é relativamente nova em nosso ordenamento jurídico e equivale à antiga expressão pátrio poder, a qual era, sem sombra de dúvidas, uma maneira arcaica e retrógrada de se referir ao poder do pai em relação aos seus filhos, que, graças aos novos ventos soprados pela modernidade foi festejadamente substituída pela hodierna expressão poder familiar, colocando, finalmente, em pé de igualdade os genitores, homem e mulher, em relação aos seus filhos.

A despeito da mudança terminológica efetivada, Guilherme Calmon Nogueira da Gama alude que tal não representa apenas

(...) a busca da equalização dos pais quanto à titularidade e ao exercício do poder familiar, mas também a tentativa de suprimir o ranço autoritário diante da consideração dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, inclusive e principalmente no âmbito do Direito de Família⁷².

De qualquer forma, não obstante o avanço terminológico na expressão em comento, a doutrina ainda tece críticas a respeito, pontuando que subsiste a ideia de poder ao invés de um dever, pois:

(...) o poder familiar, sendo menos um poder jurídico e mais um dever jurídico dos pais em relação aos seus filhos menores, deveria expressar mais propriamente a noção de função parental (ou familiar) ou de dever familiar. A expressão que melhor identifica o instituto é a da *autoridade parental*, eis que destaca que os interesses dos pais estão condicionados ao melhor interesse do filho.⁷³

Superada a questão terminológica, vejamos o que se entende por poder familiar.

Pois bem, poder familiar, segundo Maria Helena Diniz, é:

(...) um conjunto de direitos e obrigações, quanto á pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.⁷⁴

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008, p. 470.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 564.

Logo, se pode dizer que o poder familiar deve ser tido como um dever que o Estado confere aos pais para que estes sejam os responsáveis pela educação e criação do ser humano em formação, ou seja, é um poder-dever.

Sob este enfoque, Maria Berenice Dias, citando José Lamartine, expõe que o poder familiar consagra a teoria funcionalista das normas de direito de família, pois consubstancia o poder que é exercido pelos genitores, mas que visa, precipuamente, o interesse dos filhos.⁷⁵

Para Stolze e Pamplona, poder familiar é o “complexo de direitos e obrigações reconhecidas aos pais em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”⁷⁶.

Nesse sentido, sendo, sob determinado enfoque, um dever público, em determinadas situações o Estado-Juiz intervém nas relações entre pais e filhos, as quais veremos oportunamente, cabendo, por ora, apenas trazer a luz as principais características do poder familiar, a saber: irrenunciável, intransferível, imprescritível e inalienável.

O poder familiar é considerado irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão do mesmo e possui como decorrência a impossibilidade de se transferi-lo para outrem, bem como de aliená-lo, ou seja, não pode ser transferido pelos pais a terceiro, gratuita ou onerosamente.

Tal poder também não prescreve pelo o seu não uso, de modo que os genitores somente poderão perdê-lo por determinação judicial e nos casos previstos em lei⁷⁷.

É de frisar ainda que Diniz aponta a sua incompatibilidade com o instituto da tutela, de modo que o menor que não tiver tido os seus genitores suspensos ou destituídos do poder familiar não poderão lhe ter nomeado um tutor⁷⁸. Bem assim possui como natureza uma relação de autoridade, pois os filhos são subordinados

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 413.

⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 586.

⁷⁷ Muito embora seja impossível a renúncia ao pátrio poder o ordenamento jurídico aceita que o mesmo tenha o seu exercício delegado a terceiros em determinadas situações.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 566.

aos seus pais, os quais possuem poder de mando, nos termos do artigo 1.634, inciso VII, do Código Civil.

No que refere aos sujeitos do poder familiar, como já consignado anteriormente, são os genitores e os filhos.

Acerca do tema, Guilherme Calmon Nogueira da Gama pondera que:

Tradicionalmente, observa-se que o poder familiar resulta de uma necessidade “natural”, eis que todo ser humano precisa, durante sua infância, de alguém que tenha a regência de sua pessoa e de seu patrimônio. E, inelutavelmente, as pessoas mais indicadas para o exercício dessa missão são os pais. Os pais são os cuidadores naturais de seus filhos, os titulares e depositários da autoridade delegada pela sociedade civil pelo Estado, mas sempre controlado. Sem o cuidado dos pais, as crianças ou adolescentes não são protegidos, desestruturam-se, sentem-se à deriva de tutela, daí a importância de se pensar o cuidado numa perspectiva de função de potencializar a dignidade da pessoa humana no âmbito do poder familiar.⁷⁹

Em decorrência disso, aos pais, casados ou conviventes, incumbe o exercício do poder familiar, exercendo-o em igualdade de condições e, havendo divergência entre eles, poderão recorrer ao Judiciário para dirimir qualquer questão (artigo 1.631 e parágrafo único do Código Civil).

Se ambos forem desconhecidos ou falecidos, os filhos serão colocados sob tutela. Contudo, se reconhecido apenas por um dos genitores ou se apenas um deles for vivo o poder familiar por ele será exercido de forma exclusiva.

A esse respeito, rezam os artigos 1.631 e 1.633 do Código Civil:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Deste modo, por força de lei, em caso de falta de um dos genitores ou de impedimento, seja por suspensão ou destituição do poder familiar, caberá ao outro

⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 469.

exercê-lo com exclusividade ou, na impossibilidade de ambos os genitores, nomeia-se um tutor.

De outro viés, havendo dissolução do vínculo afetivo entre os pais, seja pelo divórcio ou pela dissolução da união estável, não obstante em quaisquer dos casos não haja modificação da relação para com os filhos, o exercício do poder pode ser modificado em caso de a atribuição da guarda ser realizada por apenas um dos pais⁸⁰.

Isso não implica dizer que ao genitor que não ficar com a prole não mais exercerá o poder familiar, mas sim que, na prática, o implementará de forma mais moderada, já que não conviverá mais com os filhos.

Em caso de guarda compartilhada o exercício do poder familiar continuará a ser incumbido aos genitores de forma igualitária e proporcional, pois, nos dizeres de Diniz, o casal conjugal se extinguiu, dando formação a, apenas, o casal parental⁸¹.

Os filhos, por sua vez, permaneceram sob o poder familiar enquanto menores de idade, nos exatos termos do artigo 1.630 do Código Civil e, em caso de maioridade civil, mas incapacidade para exercer os atos da vida, lhe será nomeado curador, *ex vi* artigo 1.775, § 1º, da mesma *lex*.

Havendo a adoção, os pais adotivos detêm de forma exclusiva o poder familiar.

Esclarecida, ao longo do presente tópico, a conceituação do poder familiar, os seus sujeitos e as suas características, vejamos, então, o seu conteúdo.

A esse despeito, o artigo 1.634 do Código Civil elenca, de maneira não exaustiva, o rol dos deveres dos genitores no exercício do alusivo poder, a saber:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 567.

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

No que refere e a criação e educação dos filhos, incumbe aos genitores expedir o que necessário for para a subsistência e educação da prole, preparando-as para conviver em sociedade, sempre com o devido respeito aos direitos fundamentais dos mesmos, lhes sendo, inclusive, autorizado a se valer de seu poder disciplinar, desde que moderadamente.

O não cumprimento do dever de educação e criação da prole poderá acarretar a perda do poder familiar, nos exatos termos do artigo 1.638, inciso II, do Código Civil, além de responsabilidade criminal.

Já no que refere ao poder-dever de ter os filhos em sua companhia ou guarda, segundo Diniz autoriza os pais a “reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares”⁸².

No que se refere ao inciso III do artigo 1.634 do CC, os pais podem negar ou conceder o consentimento para que seus filhos menores não se casem, contudo, o magistrado poderá suprir o consentimento dos genitores, quando negado sem justificativa ou quando foi impossível obtê-lo.

O inciso IV, por sua vez, versa sobre a tutela testamentária, em caso de ambos os genitores falecerem ou de o sobrevivente não puder exercer o *munus*, sendo possível apenas nestas situações, sob pena de nulidade.

Tangente ao inciso V incumbe consignar que os filhos menores de 16 anos devem ser representados nos atos da vida civil e os iguais ou maiores de 16 anos e menores de 18 anos assistidos por seus genitores.

Prosseguindo, para que os pais se valham do direito de reclamar os seus filhos de quem ilegalmente os detenha poderão utilizar a ação de busca e apreensão de menor e, acaso o magistrado se convença de que quem esta com a detenção do menor o faz ilegalmente, ordenará a expedição do mandado correlato.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 570.

Relativamente a inciso VII do artigo 1.634 do Código Civil, incumbe mencionar que além do respeito e obediência dos menores em relação aos seus pais, poderão prestar pequenos serviços, desde que respeitando a sua idade e condição, bem assim a legislação correlata.

O artigo 1.689, incisos I e II, do Código Civil traz mais duas incumbências aos pais no que atine ao aspecto patrimonial, senão vejamos:

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:
I - são usufrutuários dos bens dos filhos;
II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

O artigo acima traz em seu bojo a obrigação dos pais administrarem os bens dos filhos, bem assim que são considerados usufrutuários de tais bens, contudo, necessário ressaltar que não poderão aliená-los ou gravá-los com ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da pura e simples administração, salvo superior interesse ou necessidade da prole, dependendo, contudo, de autorização judicial.

Em tempo, mister mencionarmos as hipóteses de suspensão, perda e destituição do poder familiar, listados nos artigos 1.635 a 1.638 da lei material civil.

Lembre-se que o poder familiar é um dever público, de modo que o Estado não poderia deixar de fiscalizar e, em dadas situações, intervir nas relações entre pais e filhos, podendo privar o titular do seu pleno exercício de forma temporária ou definitiva⁸³.

Dito isto, vejamos a dicção do artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Compreende-se do artigo supra, que a morte dos pais, ou seja, ambos os genitores, ou do filho faz extinguir o poder familiar, logo, o óbito de apenas um dos pais não possui o condão de cessar o alusivo poder, o qual remanescerá com o cônjuge sobrevivente.

⁸³ *Idem.*

Havendo a emancipação do filho também não há mais razão de ser do poder familiar, pois este se extinguirá com a aquisição da capacidade civil nos casos do artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil, pois o filho se equipará a pessoa maior de 18 anos.

Quanto à maioridade civil, se tratando o poder familiar de uma forma de proteção aos filhos enquanto menores (artigo 1.630 do CC), a maioridade é uma forma natural de sua extinção, pois o filho poderá exercer sozinho todos os atos da vida civil diante da presunção legal de que, ao atingir 18 anos, não mais necessita de proteção judicial⁸⁴.

A adoção, por sua vez, cessa de forma definitiva o poder familiar dos pais consanguíneos, deve este que passará a ser exercido pelos pais adotivos e mesmo com o falecimento destes não há a restituição do alusivo poder aos pais carnis.

A decisão judicial que decretar a perda do poder familiar também se consubstancia em uma forma de extinção do poder familiar diante da ocorrência de uma das hipóteses do artigo 1.638 do Código Civil, uma vez que conclui pela incidência do genitor ou dos genitores em uma das ações incompatíveis com o poder familiar⁸⁵.

Sob este enfoque, guisa frisar que a extinção do poder familiar de nenhum modo se trata de uma forma de rompimento do vínculo de parentesco, mas apenas destituiu os genitores da alusiva incumbência.

De outro vértice, ao contrário da extinção, a suspensão do poder familiar é uma modalidade de sanção ao genitor, ou genitores, que incidir em abuso de autoridade⁸⁶.

Nesse passo, a dicção do artigo 1.637 do CC:

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

⁸⁴ *Idem*, p. 583.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 578.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 422.

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

Assim, se ambos ou algum dos genitores faltarem com os seus deveres, que são aqueles estipulados no artigo 1.634 do CC, ou arruinar os bens dos filhos, o magistrado poderá, pois se trata de uma faculdade, mediante provocação de um parente ao do Ministério Público, suspender o poder familiar.

O parágrafo único do referido artigo ainda dispõe que, em caso de condenação de um dos genitores em pena superior a dois anos, também se suspenderá o poder familiar.

Sobre o tema, Maria Berenice Dias discorre 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 conveniência familiar atender ao interesse dos filhos (...). Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda a prole, como pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo ele com os demais encargos.⁸⁷

A fim de esgotar o tema suspensão, necessário salientar que o Estado intervém na relação familiar para resguardar os interesses do menor, preservando-lhe a integridade física e psicológica, de modo que tanto a suspensão como a perda do poder familiar, esta última como se verá mais adiante não visa punir os genitores faltosos, mas apenas proteger os interesses dos menores em formação.

No que se refere a figura da destituição do poder familiar, também nominada de perda do alusivo dever, é a mais grave de todas as sanções e opera-se por meio de sentença judicial e, ao contrário da suspensão, se dá em relação a toda a prole e não apenas a um ou outro filho.

A perda do poder familiar poderá ocorrer em caso de comprovação da prática por um ou ambos os genitores de quaisquer das situações delineadas no artigo 1.638 do Código Civil, senão vejamos:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 423.

- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Logo, em caso de castigos imoderados, o abandono material e moral, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e a incidência, de forma reiterada, em atos que possam levar a suspensão do poder familiar pode ensejar a sua perda, por sentença judicial.

A perda do poder familiar por ato judicial leva ao seu término definitivo do poder familiar, não obstante a doutrina tenha admitido a revogação da medida, o que, a nosso ver, é a melhor saída, pois sempre deverá ser considerado o superior interesse da criança e do adolescente.

2.4 Alimentos

Não há quem duvide que o direito fundamental mais importante seja o direito a vida, pois, somente através dele todos os demais direitos possuem condições de serem exercitados e, para tanto, o indivíduo necessita de condições materiais para realizá-lo, notadamente o direito aos alimentos.

Por tal razão os alimentos tem a natureza de direito da personalidade, “pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física”⁸⁸, tendo sido inserido como um dos direitos sociais e é um princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Logo, o Estado deve garantir a cada cidadão os meios necessários para conservá-lo e o deveria fazer através da política assistencial e previdenciária.

Assim, pode se dizer que o Estado, em primeiro lugar, possui o dever de prestar alimentos, contudo, por não poder fazê-lo a toda a população que não possui condições de subsistência, delega tal incumbência aos familiares, por força legal, daí advém o princípio da solidariedade familiar, já discorrido no presente trabalho.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 502, *apud* CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 437.

Verifica-se, desta maneira, que o alimento é um dos principais efeitos decorrentes do parentesco, logo, possui o dever de prestá-lo, em primeiro lugar, os cônjuges ou companheiros e, na impossibilidade destes, os parentes, impondo, inclusive, prisão civil ao devedor de alimentos, conforme se verá oportunamente.

De tudo o que foi exposto, pode se conceituar alimentos como uma “prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida”⁸⁹.

Diniz, por sua vez, citando Orlando Gomes, pontua que “alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”⁹⁰.

A despeito, o artigo 1.694, *caput*, do Código Civil, dispõe que:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (grifos nossos).

Portanto, a prestação alimentícia abrange também as necessidades com educação, bem assim todas as demais destinadas a manter a subsistência de modo compatível com a condição social do alimentado, tais como transporte, vestuário, habitação e saúde.

O artigo 1.701, *caput*, do Código Civil também deixa transparente que, em se tratando de alimentado menor de idade, mister, ainda, prestar verbas destinadas a sua educação.

É, ainda, de se frisar que o termo alimentos vem ganhando cada vez mais abrangência, pois “engloba tudo que é necessário para alguém viver com dignidade”⁹¹.

⁸⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito de família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 418.

⁹⁰ DINIZ, p. 588.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 504.

Em decorrência a doutrina tem efetuado distinção entre os chamados alimentos naturais dos alimentos civis. O primeiro são os necessários para a subsistência da pessoa humana, ou seja, são os relacionados com a alimentação, moradia, vestuário, etc., enquanto que o segundo são os necessários para manter o *status* social do alimentado, preservando o mesmo padrão de vida que outrora desfrutava.

Logo, há diferenciação entre os alimentos prestados a filhos e aos ex-cônjuges ou companheiros, a depender da origem da obrigação alimentar.

O Código Civil, em seu artigo 1.694, dispõe sobre os alimentos civis, os quais todos possuem direito, independentemente da origem da obrigação, o qual, contudo, é limitado, por força legal, quando a situação de necessidade alimentar decorrer da culpa de quem o precisa, ao que fará jus apenas aos alimentos naturais, ou seja, ao indispensável para a sobrevivência (§2º do artigo 1.694 do CC).

No que refere à culpa, não mais havendo em nosso ordenamento jurídico a figura da separação, foram revogados, tacitamente, os artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil, os quais concediam apenas os alimentos naturais ao cônjuge que fosse culpado do término da relação.

Os alimentos têm como características inarredáveis o fato de ser um direito personalíssimo, solidário, irrenunciável, imprescritível, recíproco, inalienável, irrepetível, alternativo, transmissível, periódico, anterior e atual.

Portanto de forma sucinta e individualizada cada característica do alimento.

Tratando-se de direito personalíssimo, não pode ser transferido ou cedido a outrem, a não ser em situações excepcionabilíssimas, porquanto visa assegurar a subsistência da pessoa que o necessita.

Também é em decorrência de se tratar de um direito personalíssimo que não pode ser penhorável.

O artigo 1.707, primeira parte, do Código Civil consagra a irrenunciabilidade dos alimentos, possibilitando tão somente que o seu credor não exerça o seu direito de pleitear alimentos.

O direito ao alimento é imprescritível, pois pode ser exercido a qualquer momento por aquele que dele necessite. O que prescreve, porém, é o direito de

cobrar as prestações alimentícias vencidas e não pagas, o que ocorre no prazo de dois anos a contar do vencimento de cada parcela, extinguindo, assim, o direito de exigi-las devido a inércia do alimentado.

A reciprocidade da obrigação alimentar é atinente aos cônjuges e companheiros, além dos parentes, o disposto nos artigos 1.694 e 1.696 do Código Civil e implica dizer que o dever de assistência entre cônjuges, companheiros e parentes é mútuo, ou seja, o credor de alimentos de hoje pode ser o devedor de amanhã, tudo dependendo da necessidade de um e da possibilidade do outro.

O direito a prestação alimentar não pode ser alienado, pois, caso contrário, poderia por em xeque a subsistência do credor de alimentos.

Também possui o caractere de irrepetibilidade, pois “como se trata de verba que serve para garantir a vida e destina à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência, inimaginável pretender que sejam devolvidos”⁹².

No que refere a alternatividade, implica dizer que a verba alimentar deve ser paga, via de regra, em espécie, ou seja, em dinheiro, contudo, pode ser pago “*in natura*, com a concessão de hospedagem e sustento, sem prejuízo do direito à educação (CC 1.701)”⁹³

Outrossim, nos termos do artigo 1.700 do Código Civil a obrigação alimentar se transmite aos herdeiros do devedor em caso de este vir à óbito, cabendo aos herdeiros o seu pagamento até as forças da herança, de modo que o débito não atingirá as possibilidades econômicas próprias do herdeiro.

A periodicidade, por sua vez, significa que o pagamento da prestação deverá ser efetuado dentro de um prazo, seja quinzenal, mensal, bimestral, enfim, já que a obrigação tende a se estender no tempo.

Outrossim, quando mencionamos que a obrigação alimentar é anterior implica dizer que se trata de um dever que deve ser pago de forma antecipada, ou seja, deve ser quitada no começo de cada período, nos termos do artigo 1.928 do Código Civil, sendo vedado o pagamento no mês subsequente ao seu vencimento.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 508.

⁹³ *Ibidem*, p. 509.

Finalmente, quando os alimentos têm o caráter de atualidade, pois é uma obrigação de trato sucessivo, prolonga-se no tempo, de modo que pode ter o seu valor desatualizado, seja em decorrência do efeito inflacionária, seja pelo aumento do salário mínimo, de modo que a lei, em seu artigo 1.710 do Código Civil, determina a atualização do valor fixado a título de alimentos segundo índice oficial estabelecido.

2.4.1 Pressupostos essenciais da obrigação de prestar alimentos

A despeito do dever de prestar alimentos, vejamos os pressupostos essenciais da alusiva obrigação, ou seja, em que situações será necessário o préstimos de alimentos.

Sobre esse assunto, dispõem os artigos 1.694, §1º e 1.695 do Código Civil que:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º **Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.** (negrito).

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Da dicção legal se infere que, quando da fixação do *quantum* que deve ser pago a título de prestação alimentícia deve ser observado a necessidade do alimentado e os recursos financeiros do alimentante.

Outrossim, a legislação estipula que o dever alimentar tem origem quando a pessoa que busca alimentos não possui bens suficientes, como também não pode prover através do seu labor o seu próprio sustento e que aquele a que se pretende o dever de prestar alimentos pode fazê-lo sem prejuízo próprio.

A esse respeito, o artigo 1.694, *caput*, do Código Civil estipula que os alimentos devem permitir a manutenção do mesmo padrão de vida que o alimentando usufruía antes do advento da causa que deu origem à necessidade

alimentar, sendo certo que se a situação de necessidade teve origem por culpa do necessitado, o valor da pensão deve atender tão somente ao que for indispensável para a sua subsistência.

Logo, quando da fixação do *quantum debeatur* o magistrado deve se atender para o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, as necessidades do alimentando e a possibilidade financeira de o alimentante atender ao encargo, imperando, assim, quando da definição dos valores devidos, o princípio da proporcionalidade.

Nesse ponto, é bom fruto salientar que o Código Civil não faz qualquer distinção, quando da fixação do valor devido a título de alimentos, entre a origem da obrigação alimentar seja ela decorrente de vínculos de consanguinidade, do casamento, da união estável ou do poder familiar.

No que refere aos pressupostos essenciais da obrigação alimentar, Maria Helena Diniz pontifica serem quatro, a saber: existência de companheirismo, vínculo de parentesco ou conjugal entre o alimentando e o alimentante; necessidade do alimentado; possibilidade econômica do alimentante e proporcionalidade, na sua fixação, entre as necessidades do alimentário e os recursos econômico-financeiros do alimentante⁹⁴. Estes três últimos, juntos, se consubstanciam no trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, já mencionados.

Segundo Sérgio Rodrigues leciona que “se enormes são as necessidades do alimentário, mas escassos do alimentante, reduzida será a pensão; por outro lado, se trata de pessoa de amplos recursos, maior será a contribuição alimentícia”⁹⁵.

O pressuposto de existência de companheirismo, vínculo de parentesco ou conjugal entre o alimentando e o alimentante implica dizer que, como será discorrido no tópico vindouro, as pessoas obrigadas a prestar alimentos não são todas as atreladas por vínculos familiares, mas os “ascendentes, descendentes maiores, ou adultos, irmãos germanos ou unilaterais e o ex-cônjuge”⁹⁶.

Incumbe, ainda, frisar, que a pensão alimentícia, uma vez fixada, pode ser alterada por pedido formulado por qualquer das partes, desde que demonstre a alteração da mudança da fortuna do alimentante ou da necessidade do alimentado.

⁹⁴ *Op. cit.* pp. 594-595.

⁹⁵ *Op. cit.* p. 424.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 594

2.4.2 Pessoas obrigadas a prestar alimentos

A despeito da obrigação de prestar alimentos, o Código Civil, em seus artigos 1.694, *caput*, 1.696 e 1.697 assim dispõe:

Art. 1.694. Podem **os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos** de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. (destacado).

Art. 1.696. **O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes**, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. (negritado).

Art. 1.697. **Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.** (destaque nosso).

Vislumbra se, então, que a obrigação alimentar é recíproca entre descendentes, ascendentes e colaterais de 2º grau, de modo que o parente que possui o direito de exigir a prestação alimentar, também tem o dever de prestá-la, acaso requisitado, sendo tanto credores como devedores da alusiva prestação.

Diniz ainda faz a ressalva que os parentes por afinidade estão excluídos do referente *munus*⁹⁷, enquanto Dias alude que a lei faz a ressalva que mesmo após a dissolução do casamento e da união estável permanece o vínculo de afinidade, de modo que também remanesce a solidariedade familiar e, portanto, o dever de prestar alimentos⁹⁸, discorrendo, ainda, que:

Reconhecendo, a lei, a permanência do vínculo de parentesco sem fazer nenhuma ressalva ou impor qualquer restrição, descabe interpretação restritiva que acabe por limitar direitos. Assim, dissolvido o casamento ou a união estável, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Também possível o **enteado** buscar alimentos do ex-cônjuge ou ex-companheiro do seu genitor.⁹⁹ (destaque do original).

Ressai do artigo 1.697 alhures transcrito que o dever alimentar atinge, inicialmente, os parentes mais próximos e, somente em caso de impossibilidade de

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 611.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 533.

⁹⁹ **Ibidem**, p. 534.

estes efetuarem a prestação alimentar é que se repassa tal dever aos parentes mais distantes.

Assim, o dever alimentar primeiro atinge os genitores do alimentando, depois, na falta/impossibilidade destes, tal obrigação incide aos ascendentes, avós e avôs maternos e paternos ou, não podendo estes prestá-los passe-se aos bisavós e bisavôs e assim sucessivamente.

Não havendo ascendentes, a prestação alimentar recairá aos descendentes, ou seja, filhos maiores de 18 anos e, na falta ou impossibilidades destes, aos irmãos, parentes colaterais de segundo grau.

Mostra-se, assim, que em relação aos parentes de linha reta, ascendentes e descendentes, é infinita a reciprocidade da obrigação alimentar.

Do artigo 1.698, primeira parte, do Código Civil evolui-se a possibilidade de se pleitear alimentos complementares de parentes de grau imediato, ou seja, se o parente mais próximo não puder arcar com os valores pleiteados a título de prestação alimentícia em sua totalidade poderão ser acionados os de grau mais remoto para completar a prestação, senão vejamos:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. (destacado).

No que se refere a obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros, convém grafar que tal advém de força legal, sendo certo que em caso de dissolução do vínculo conjugal ou da união estável o dever de assistência que incumbe ao casal se converterá, automaticamente, em obrigação alimentar, acaso necessite, sendo que, em caso de convolação de novas núpcias ou de nova união, o devedor será exonerado da referida obrigação.

Frise-se que os ex-cônjuges e ex-companheiros são os primeiros a serem convocados para atenderem ao pedido de prestação alimentar.

Em relação à obrigação dos pais, Maria Berenice Dias, citando João Baptista Villela, pontifica que “o pai não deve alimentos ao filho menor – deve sustento”¹⁰⁰, nos termos do artigo 229 da Constituição Federal.

Sobre este aspecto, pondera que:

A obrigação de sustento é **obrigação de fazer**. Deixando pai e filho de conviverem sob o mesmo teto e não sendo o genitor o seu guardião, passa a dever-lhe alimentos, **obrigação de dar**, representada pela prestação de certo valor em dinheiro. (...) Enquanto o filho se encontra sob o poder familiar, a obrigação decorre do dever de sustento. Mesmo quando é deferida a guarda a terceiros, subsiste o dever de prestar alimentos (ECA 33 §4º). A **perda do poder familiar** não exclui o dever de prestar alimentos, uma vez que persiste o vínculo **biológico**. O adimplemento da **capacidade civil**, aos 18 anos (CC 5º), ainda que enseje o fim do poder familiar, não leva à extinção automática do encargo familiar.¹⁰¹ (destaque no original).

Prosseguindo, no que refere ao dever de prestação alimentar, não olvidemos que o nascituro também pode pleitear alimentos, pois o artigo 2º do Código Civil res

A Lei n.º 11.804/2008 assegura os chamados alimentos gravídicos à gestante, que se transmudam em obrigação alimentar após o nascimento do filho. Sob este aspecto Dias pondera que a gestante deve optar por pleitear os alimentos gravídicos, os quais devem ser entendidos como os concernentes as despesas decorrentes da gravidez, ou alimentos ao nascituro, sendo que, nesta última situação a lei exige prova do parentesco.

2.4.3. Proteção à criança por meio dos alimentos

Como já ponderado no presente trabalho de conclusão de curso, os genitores, enquanto detentores da guarda de seus filhos possuem o dever de prover o sustento dos mesmos como consequência inerente do poder familiar, contudo, a obrigação alimentar transcende ao poder familiar, já que pode persistir até mesmo após a maioridade civil do alimentando, acaso seja demonstrado o binômio necessidade-possibilidade.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 522.

¹⁰¹ *Idem*.

Quando falamos acerca da obrigação alimentar do pai em relação ao seu filho, pouco importa se a filiação é natural ou adotiva, se o filho é legítimo ou tido fora da relação matrimonial ou convivencial, se já nasceu ou ainda se encontra no ventre materno, pois a lei resguarda a todos eles o direito a vida e, por conseguinte, aos alimentos.

Esclarece, também, que a separação dos pais, seja pelo divórcio, pela anulação do casamento ou a dissolução da união estável, somente rompe o vínculo existente entre o casal, mantendo incólume o dever de sustento em relação aos filhos, o mesmo se aplicando em relação aos genitores que não forem casados ou que não conviverem em união estável, sendo idêntica a obrigação alimentar para com os filhos, pois esta, repise-se, decorre do poder familiar e não da condição conjugal dos pais.

No que refere a filhos oriundos de relação eventual entre os genitores, “existindo indícios do vínculo de paternidade, ainda que não constituída judicialmente a filiação, possível é a busca de alimentos não só em relação ao genitor, mas também aos demais parentes”¹⁰².

Esclarece, ainda, que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde o momento de sua concepção, de modo que a geratriz pode pleitear na justiça os alimentos gravídicos, a serem destinados a aliviar os encargos da gestação com a assistência médica e psicológica, exames, internação, etc., bastando para a sua imposição a existência de indícios de paternidade.

Mister esclarecer que os alimentos gravídicos, ao contrário dos de cunho alimentar em geral, não possuem relação com o binômico necessidade-possibilidade, mas sim com as despesas que a genitora tem em decorrência da gravidez.

De qualquer modo, é certo que após o nascimento do filho a obrigação alimentar arbitrada judicialmente se converte, automaticamente, em alimentos ao infante, tendo, pois, a sua natureza modificada, a partir de quando deverá observar os critérios de necessidade do alimentando e de possibilidade do alimentante.

¹⁰² DIAS, p. 524. (destaque no original).

Sob este aspecto, não podemos deixar de mencionar que para alguns doutrinadores os alimentos gravídicos são devidos à gestante, ou seja, os alimentos não seriam garantidos ao nascituro, mas sim a sua geratriz.

Findado o presente capítulo a respeito do direito parental e dos seus principais institutos, passemos ao estudo do direito de proteção à criança, bem assim dos temas a ele inerentes, notadamente do objeto do presente trabalho monográfico.

CAPÍTULO 3 - DIREITO DE PROTEÇÃO À CRIANÇA

3.1 Institutos relacionados à proteção da criança

O direito assistencial disciplina as relações que fazem às vezes das familiares, bem assim as atinentes às medidas específicas de proteção ao infante, que se encontram entranhadas no bojo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Maria Helena Diniz, a respeito do tema, esclarece que,

Os institutos de direito protetivo são disciplinados pelas normas do direito assistencial atinente às relações que substituem às familiares, ou seja, a guarda, a tutela e curatela, e pelas normas alusivas às medidas específicas de proteção ao menor (Lei n.º 8.069/90, com as alterações da Lei n. 12.010/2009).¹⁰³ (destaque no original).

Por sua vez, Maria Berenice Dias aponta como institutos do direito protetivo a tutela, a guarda e a curatela, enquanto que Diniz, Venosa e Rodrigues, também mencionam o instituto da ausência, o qual era trazido no vetusto Código de 1916 como direito protetivo e, no atual Código, teve o seu tratamento deslocado para a Parte Geral, não mais integrando a sistemática do direito protetivo em si, razão pela qual, apesar da sua relação com o direito assistencial, não será abordado no presente capítulo.

Assim, passaremos ao estudo dos institutos da tutela, da curatela e da guarda, de forma individualizada.

3.1.1 Tutela

Como a proteção dos filhos incumbe aos seus genitores, pois em decorrência do poder familiar estes devem prestar assistencial moral, material e psicológica a sua prole.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 06.

Contudo, na falta dos pais o Estado transfere a um terceiro o dever de guarda, proteção e educação da pessoa menor de 18 anos, o qual denomina-se tutela e é exercida por meio de um tutor.

Segundo Silvio Rodrigues, a tutela “é o conjunto de poderes e encargos conferidos pela lei a um terceiro, para que zele pela pessoa de um menor que se encontra fora do pátrio poder, e lhe administre os bens”¹⁰⁴.

Logo, se trata de um dever público imposto pelo Estado a terceira pessoa para resguardar um interesse estatal.

A despeito, reza o artigo 1.728 do Código Civil: “Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.”

Assim, a tutela visa substituir o poder familiar, que deixou de ser exercido pelos genitores do menor seja por falecimento, ausência, suspensão ou destituição do alusivo poder, de modo que, estando o menor sob o poder familiar não há no que se falar no instituto da tutela, pois onde há um não há o outro.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho conceituam o instituto da tutela “como a representação legal de um menor, relativa ou absolutamente incapaz, cujos pais tenham sido declarados ausentes, falecido ou hajam decaído do poder familiar”¹⁰⁵.

Em se tratando de menor de 16 anos, ou seja, de pessoa absolutamente incapaz, o tutor exercerá seu dever representando o infante, conforme determina o artigo 8º do Código de Processo Civil¹⁰⁶ e, tendo o adolescente 16 anos completos e, sendo menor de 18 anos, será assistido pelo tutor em todos os atos da vida civil.

Nesse passo, não podemos deixar de trazer a lume o artigo 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos:

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos. Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito de família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 437.

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 702.

¹⁰⁶ Art. 8º Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.

Outrossim, a tutela pode ser, dependendo da forma de sua instituição, documental, testamentária, legítima ou dativa.

A tutela documental é aquela instituída por meio de documento firmado por um ou ambos os genitores, os quais deverão estar em pleno gozo da autoridade parental, por escritura particular ou pública, sendo até mesmo admitida que seja firmada por meio de carta, fazendo-se mister que seja declinada, de forma inequívoca, tanto a nomeação como a identificação do signatário¹⁰⁷.

A tutela testamentária, por sua vez, como a própria nomenclatura sugere, é a efetuada pelos pais, de forma individual, em seus respectivos testamentos, em que expressam qual pessoa gostariam que fosse o tutor de seus filhos, como também, através do alusivo documento, podem simplesmente excluir do referido dever uma pessoa que não querem que o exerça.

Frise-se que, em qualquer caso, o exercício da tutela deve ser homologada judicialmente, nos termos do artigo 1.187 do Código de Processo Civil e somente será levada a efeito se não haja outra pessoa mais indicada para exercer o encargo.

Em caso de os genitores não efetuarem a nomeação de um pretenso tutor, a tutela será realizada por meio por parentes consanguíneos, os quais serão convocados para tanto. Tal recebe o nome de tutela legítima e encontra-se prevista no artigo 1.731 do Código Civil a ordem de chamamento para nomeação, sendo certo que os parentes de grau mais próximo terão a preferência, estando o exercício do encargo condicionado ao melhor interesse do infante.

A tutela dativa, tem vez “na falta ou exclusão do tutor legítimo ou testamentário, bem como na ausência de parentes em condições de exercer a tutela, cabe ao juiz conferi-la a uma pessoa estranha”¹⁰⁸. Logo é, em regra, subsidiária.

Diniz aponta, ainda, a chamada tutela irregular, que seria aquela em que “não há propriamente uma nomeação, na forma legal, de modo que o suposto tutor zela pelo menor e por seus bens como se estivesse legitimamente investido de

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 601.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 603.

ofício tutelar”¹⁰⁹, sendo considerada mera gestão de negócios e, por conseguinte, não gera efeitos jurídicos.

O artigo 1.735 do Código Civil traz, por sua vez, as pessoas que estão impedidas de exercer a tutela¹¹⁰.

Assim, por questão de lógica não poderá ser nomeado tutor ou, acaso exerça o dever será exonerado, quem não tiver a livre administração de seus próprios bens, pois, se por um ou outro motivo não pode gerir o que é de sua propriedade também não poderá o fazê-lo em relação ao menor tutelado.

No que se refere às disposições do inciso II do artigo 1.735 do Código Civil a doutrina tem se posicionado no sentido de que, em decorrência do disposto no artigo 1.751 da mesma lei, a qual determina que o tutor deve declarar tudo o que o tutelado lhe deve antes de assumir o exercício da tutela, tal crédito, durante o exercício da tutela tem a sua exigibilidade suspensa.

Sob este aspecto Dias ainda aponta que “se os pais, filhos ou cônjuges do tutor tiverem demanda contra o menor, não pode haver a nomeação”¹¹¹.

Os incisos III a V são de clareza solar e se baseiam em razões de ordem moral, enquanto o inciso V I é bastante criticado, pois a doutrina aponta que não somente quem exerce as funções nele insertas poderiam ser submetidos a restrição ali contida.

Superada a questão dos impedimentos legais para o exercício da tutela, não podemos deixar de trazer a colação os atos legalmente proibidos de serem praticados pelo tutor, constantes no artigo 1.749 do Código Civil¹¹².

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 646.

¹¹⁰ Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 603.

Tais atos, acaso praticados, são nulos de pleno direito, pois os tutores não possuem legitimidade para a prática dos mesmos, ainda que obtenham autorização judicial para tanto, pois são eivados de nulidade absoluta.

A proibição tem como razão evitar a prática pelo tutor de atos em que poderia sobrepor o seu interesse aos interesses do tutelado

Lembra-se , ainda, que o rol supra é exaustivo, não podendo ser ampliado.

Prosseguindo ao estudo do instituto da tutela, não poderíamos deixar de mencionar que sendo a tutelar um dever público e, a princípio, não podendo ser recusado, a lei também prevê, em um rol taxativo, quais são as hipóteses de escusa, senão veremos:

Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela:

- I - mulheres casadas;
- II - maiores de sessenta anos;
- III - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;
- IV - os impossibilitados por enfermidade;
- V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;
- VI - aqueles que já exercerem tutela ou curatela;
- VII - militares em serviço.

Assim, as situações supraconsignadas são as únicas hipóteses em que o pretendo tutor poder recusar o encargo e, acaso não se enquadre em nenhum dos incisos retro, não há escapatória, deverá exercer a tutela.

O artigo 1.737, também do Código Civil, prevê a possibilidade de escusa ao tutor dativo, a saber: quando houver parente do tutelado, consanguíneo ou afim, em condições de exercer o encargo.

O ofício tutelar, por sua própria natureza, que visa “assegurar a boa administração dos bens do menor sob tutela e a devolução da renda desses bens ao término do ofício”¹¹², requer que os bens de propriedade do tutelado sejam confiados ao tutor mediante relação de cada um deles e seus respectivos valores, o que deverá ser realizado após o compromisso prestado e antes do início do exercício do encargo.

¹¹² Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade:

- I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor;
- II - dispor dos bens do menor a título gratuito;
- III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 650.

A fim de proteger o menor tutelado, a lei, em seus artigos 1.745, parágrafo único, do Código Civil¹¹⁴, estipula que sendo o patrimônio do menor de valor considerável poderá o magistrado condicionar o exercício da tutela por parte do nomeado ao préstimo, por este, de caução real ou fidejussória, a menos que seja o tutor de distinta idoneidade financeira e econômica, mas somente poderá ocorrer em situações excepcionais, sendo certo que a nomeação não terá efeito acaso o tutor não possua condições de garantir a sua gestão¹¹⁵.

O artigo 1.752, *caput*, primeira parte, do Código Civil reza ainda que:

Art. 1.752. O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que realmente despendeu no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados.

As responsabilidades diretas e pessoais, bem assim a subsidiária do magistrado estão previstas, por sua vez, no artigo 1.744 do Código Civil e terão azo quando o juiz não exigir do tutor o préstimo de garantia ou quando não o remover da tutela quando o menor vier a sofrer desfalque em seu patrimônio e também quando este não tiver nomeado tutor ou quando a nomeação não foi adequada¹¹⁶.

O artigo 1.752, §§1º e 2º do Código Civil e o artigo 1.742 da mesma *lex* preveem a figura do protutor, o qual poder ser nomeado pelo juiz para fiscalizar as atividades do tutor mediante gratificação arbitrada judicialmente, sob pena de, em caso de má-gestão, o tutor se responsabilizado de forma subsidiária a caso não informe o magistrado da situação.

Convém ressaltar, também, que o “poder do tutor é uno e indivisível, sendo uma síntese e não uma mera soma de poderes de ordem pessoal ou patrimonial, de representação e de administração”¹¹⁷.

Bem assim é um dever temporário, já que o tutor é obrigado a exercer a tutela por dois anos, contudo, tal período pode ser prorrogado, nos termos do artigo

¹¹⁴ Art. 1.745. Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado.

Parágrafo único. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade.

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 650-651.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 651.

¹¹⁷ DINIZ *apud* Orlando Gomes, in **Direito de Família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 430.

1.765 do Código Civil, senão vejamos: “O tutor é obrigado a servir por espaço de dois anos. Parágrafo único. Pode o tutor continuar no exercício da tutela, além do prazo previsto neste artigo, se o quiser e o juiz julgar conveniente ao menor.”

Também incumbe ao tutor, nos termos do artigo 1.740 do Código Civil:

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;

II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;

III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

Incumbe ao tutor, em relação a pessoa do menor, proporcionar a educação matriculando na escola a fim de que curso o ensino médio e superior, para capacitá-lo para o futuro exercício da vida produtiva proporcionando-lhe formação profissional.

No que se refere a prestação de alimentos, se o menor tiver bens será sustentado as suas próprias expensas, sendo incumbido ao magistrado o dever de fixar uma quantia que seja suficiente para tal fim.

De outro viés, se não possuir bens, a obrigação alimentar será incumbida aos seus parentes, aplicando-se a regra geral já analisada, contudo, não havendo parentes a incumbência, aí sim, passa a ser do tutor de forma pessoal.

Em caso de se fazer necessário a correção do menor sob tutela, o tutor não poderá se utilizar de “castigos físicos, ainda que moderadamente, devendo reclamar providências ao juiz”¹¹⁸.

Carlos Roberto Gonçalves ainda esclarece que:

Como responsável pela educação do menor incumbe ao tutor orientá-lo e corrigi-lo, aplicando-lhe punições, se necessário. Estas, todavia, devem circunscrever-se às sanções de caráter moral, como impedir a ida ao clube ou a algum estabelecimento de diversão, ou exigir que permaneça estudando em domingo ou feriado etc., por exemplo. Em casos mais graves, quando o menor apresenta conduta desregrada, mostra-se rebelde, assume postura antissocial, malgrado todo o esforço moral e psicológico do tutor para corrigi-lo, cabe a este recorrer ao juiz, reclamando providências.¹¹⁹

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 670.

¹¹⁹ *Idem*.

Assim, é vedado ao tutor impingir castigos de natureza física ao tutelado, devendo, em casos mais graves de rebeldia, reclamar providências ao magistrado.

No que se refere ao inciso III do artigo 1.740 do Código Civil, este impõe aos tutores todos os demais deveres que caberia aos pais do menor acaso este não estivesse sob tutela, sendo certo que quando o tutelado contar com 12 anos completos poderá ser ouvido a sua opinião.

Já em relação aos bens do tutelado, o artigo 1.741 do Código Civil determina que o tutor, sob a inspeção do juiz, deve administrar e zelar pelos bens do menor tutelado, tudo em proveito deste.

Contudo, dependem de prévia autorização judicial os seguintes atos:

Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I - pagar as dívidas do menor;

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III - transigir;

IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

Logo, todas as ações consignadas no artigo supra somente podem ser adotadas pelo tutor mediante prévia autorização judicial.

Portanto, o artigo 1.747 do Código Civil¹²⁰ dispõe quais ações compete ao tutor, tanto patrimonial como pessoalmente, em relação ao menor tutelado.

É claro que estando o tutor administrando os bens do tutelado nada mais natural do que a lei determinar a prestação de contas e apresentando balanços anuais, conforme determinado o artigo 1.757, *caput* e parágrafo único do Código Civil.

¹²⁰ Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;

II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;

III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens;

IV - alienar os bens do menor destinados a venda;

V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

Finalmente, a despeito deste instituto, ainda é necessário que o mesmo cesse com a maioridade civil do tutelado ou a sua emancipação, quando este voltar ao jugo do poder familiar, em caso de reconhecimento ou adoção, bem assim quando expirar o termo da tutelar a quem que o tutor era obrigado a servir, em caso de sobrevir escusa legítima ou, por derradeiro, em caso de remoção do tutor¹²¹.

3.1.2. Curatela

O instituto da curatela, tal como ocorre com a tutela, também se trata de um “instituto de interesse público, destinada, em sentido geral, a reger a pessoa ou administrar bens de pessoas maiores, porém incapazes de regerem sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência”¹²².

Guilherme Calmon Nogueira da Gama aponta que:

Tradicionalmente, a curatela foi instituto concebido para ter duplo alcance: (a) reger a pessoa e os bens de quem, a princípio sendo maior de idade, se encontra total ou parcialmente impossibilitado de o fazer por si mesmo; (b) reger determinados interesses que não podem ser protegidos pela própria pessoa, ainda que esteja no gozo de sua capacidade. Na primeira hipótese, a curatela tem caráter permanente; já na segunda, ela tem natureza necessariamente temporária.¹²³

Assim, o artigo 1.767 do Código Civil estipula quais as pessoas que estarão sujeitas ao instituto da curatela, senão vejamos:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
V - os pródigos.

¹²¹ Art. 1.763. Cessa a condição de tutelado:

I - com a maioridade ou a emancipação do menor;
II - ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento ou adoção.

Art. 1.764. Cessam as funções do tutor:

I - ao expirar o termo, em que era obrigado a servir;
II - ao sobrevir escusa legítima;
III - ao ser removido.

¹²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil (Direito de Família)**. 8ª. ed., v.6. São Paulo: Atlas, 2008, p. 437.

¹²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 605.

Compreende-se do artigo supra que este possui a mesma redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil que versam sobre as pessoas absoluta e relativamente incapazes para os atos da vida civil, logo, através do instituto da curatela pretende-se “proteger a pessoa maior, padecente de alguma incapacidade ou de certa circunstância que impeça a sua livre e consciente manifestação de vontade, resguardando-se, com isso, também, o seu patrimônio”¹²⁴.

Assim, de um lado, a figura do curador, que, por questões óbvias deve se tratar de pessoa plenamente capaz para os atos da vida civil, além de preencher o requisito da idoneidade, e, de outro, a do curatelado.

Sobre o assunto Venosa discorre que:

A finalidade da curatela é principalmente conceder a proteção aos incapazes no tocante a seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros. Enquanto a tutela é sucedâneo do pátrio poder, a curatela possui um poder assistencial ao incapaz maior, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade. O principal aspecto é o patrimonial, pois o curador protege essencialmente os bens do interdito, auxiliando em sua manutenção e impedindo que sejam dissipados. Nesse sentido, fica realçado o interesse público em não permitir que o incapaz seja levado à miséria, tornando-se mais um ônus para a Administração¹²⁵.

Assim o curador cuidará dos interesses eminentemente patrimoniais do maior incapaz, sendo certo que a incapacidade deve ser declarada previamente através do procedimento judicial próprio.

Tornando a figura do curador, mister gizar que este não é escolhido de forma aleatória, pois deve atender a certos requisitos, senão vejamos:

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.
 §1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.
 § 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.
 § 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

Logo, a própria lei prevê a ordem preferencial para o exercício da tutela, a qual, por ser de clareza solar, não necessita de maiores esclarecimentos, cabendo, no entanto, frisarmos que a escolha do tutor somente passará ao Poder Judiciário

¹²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 718.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 438.

em caso de ausência de quaisquer das pessoas mencionadas no artigo suso, bem como poderá ser desrespeitada (a ordem preferencial), em caso de superior interesse do curatelado.

Stolze e Pamplona Filho ainda apontam que:

(...) a curatela será deferida no bojo de um procedimento de interdição (arts. 1.177 a 1.186 do CPC), oportunidade em que, após interrogar o incapaz – se possível for – e realizar a perícia médica, o juiz então concluirá pelo reconhecimento de sua incapacidade.¹²⁶

Os legitimados para a promoção da ação de interdição encontram-se estipulados no artigo 1.768 do Código Civil¹²⁷, enquanto que o artigo 1.769 da alusiva *lex*¹²⁸ estabelece as situações em que o Ministério Público estará autorizado a interpor a ação.

O jurista Guilherme Calmon aponta três espécies de curatela, a saber: a curatela de interditos, também nominada por ele como curatela das pessoas incapazes que não por motivo de idade, do nascituro e do enfermo ou portador de deficiência física¹²⁹.

Assim, abordar a curadoria do nascituro e do portador de deficiência física, espécies relativamente novas em nosso ordenamento jurídico já que foram introduzidas pelo Código Civil de 2002.

A respeito, “a curatela do nascituro tem por finalidade a preservação de seus direitos futuros – sem prejuízo de lhe serem reconhecidos direitos presentes – quando a mãe não detiver o poder familiar e não houver pai”¹³⁰, nos termos do artigo 1.779 do Código Civil, de modo que a curatela perduraria até o nascimento do

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 720.

¹²⁷ Art. 1.768. A interdição deve ser promovida:

I - pelos pais ou tutores;
II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;
III - pelo Ministério Público.

¹²⁸ Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição:

I - em caso de doença mental grave;
II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;
III - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.

¹²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 607.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 722.

nascituro a partir de quando, fazendo-se necessário, será aplicado os institutos atinentes a tutela em relação a criança.

Tangente à curatela do portador de deficiência física ou enfermo, havendo “requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”¹³¹.

Trata-se, pois, de uma espécie especial de tutela, já que não exige a declaração judicial de interdição, haja vista que se trata

(...) de uma situação excepcional, em que o enfermo ou portador de deficiência física tem consciência de seus atos, com capacidade plena, mas prefere, em função da sua especial situação, ter um curador específico para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens¹³².

Nesse ponto, importante salientar que o instituto da curatela não visa tão somente a proteção ao patrimônio do curatelado, mas também a saúde deste, pois a lei determinada que, havendo meios de se recuperar o interdito, o curador fica incumbido de expedir o que for necessário para submeter o curatelado a tratamento, visando com que este torne a praticar sozinho os atos da vida civil.

No que se refere ao exercício da curatela, aplicam-se as mesmas regras destinadas a tutela, mudando-se apenas o que deve ser mudado.

Finalmente, impositivo ressaltar que a curatela se extingue em caso de levantamento da interdição, o que pode ser realizado pelo próprio interditado como pelo Ministério Público, como também pode ser cessada em caso de impossibilidade de o curador continuar exercendo o dever.

3.1.3 Guarda Compartilhada

De pronto, entendimento é necessário frisar que a guarda é abordada em nosso ordenamento jurídico sob dois enfoques, a saber: como medida de colocação em família substituta e como instituto atinente ao poder familiar.

¹³¹ Artigo 1.780 do Código Civil.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 723.

Por ser o tema objeto deste trabalho a que será abordada neste tópico é a tratada no Código Civil, ou seja, a guarda como derivação do poder familiar, estipulada quando da ruptura do vínculo conjugal ou da união estável.

A despeito reza o artigo 229 da Constituição Federal que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Extraí-se da redação do artigo constitucional que os pais possuem o dever de assistir, criar e educar os seus filhos menores, enquanto estes, em contrapartida, quando maiores, possuem a obrigação de ajudar e amparar os seus genitores durante a velhice, carência ou enfermidade.

O artigo 1.634, incisos I e II do Código Civil, por sua vez, estipula que: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda...”.

Vislumbra-se, assim, que os genitores, no exercício do poder familiar, devem dirigir a educação e criação dos filhos, além de tê-los em sua companhia e guarda.

Então, o que acontece com os filhos menores quando os genitores se divorciam ou dissolvem a união estável?

É em decorrência dessa indagação que o vigente Código Civil dedica um capítulo exclusivo a Proteção da Pessoa dos Filhos, a saber: Capítulo XI (artigos 1.583 a 1.590) e em seu primeiro artigo versa sobre a guarda deles, estipulando que poderá ser unilateral ou compartilhada.

Assim, considerar a guarda como uma forma de proteção dos filhos em caso de rompimento do vínculo conjugal ou da união estável entre os seus pais, já que, como frisado no primeiro capítulo do presente trabalho, a dissolução do casal conjugal não implica qualquer modificação da relação destes para com os seus filhos, culminando no advento, a partir de então, do casal parental.

Sobre o tema, Guilherme Calmon discorre que:

Como primeiro campo de efeitos, a autoridade parental está impregnada de deveres parentais não apenas no campo material, como principalmente no campo existencial. Para exercer regularmente tal poder-dever, impõe-se ainda aos pais satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva¹³³.

¹³³ *Op. cit.*, p. 274.

Isso porque o moderno significado do poder familiar está enraizado na premissa de que os genitores devem proteger, tutelar e respeitar os interesses de seus filhos, daí porque o Código Civil, em seu artigo 1.579, fez questão de deixar hialino que a modificação da relação afetiva entre os pais não altera os seus direitos e deveres para com os filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com o fito de corroborar a alusiva ideia, estipula no seu artigo 21 que a autoridade parental é usufruída, em igualdade de condições, entre ambos os genitores e permanece inalterada mesmo em caso do rompimento do vínculo de companheirismo ou conjugal.

É nesse contexto que o instituto da guarda dos filhos possui extremada relevância, tanto prática como jurídica, já que é com o divórcio ou a dissolução da união estável que passa a ser indispensável à questão de com quem ficará a guarda dos filhos oriundos da relação afetiva.

A sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 não mais prevê a fixação da guarda pelo critério de culpa¹³⁴, que hoje é definida de acordo com quem melhor tenha condições de exercê-la, sempre se levando em consideração o superior interesse da criança e do adolescente e tudo isso graças à atual dicção do artigo 226, §5º da Constituição Federal, a qual aboliu quaisquer distinções entre homem e mulher, o que refletiu diretamente no poder familiar, uma vez que não mais impera a vontade do *pater familias*.

Os estudiosos Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem que “para efeito da fixação da guarda de filhos, há de se levar em conta o *interesse existencial da prole*, e não a suposta responsabilidade daquele que teria dada causa ao fim do casamento”¹³⁵.

Lembremos, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 1º estipula que a alusiva lei “dispõe sobre a proteção integral á criança e ao

¹³⁴ Maria Berenice Dias menciona que no Código Civil de 1916, em caso de desquite, a guarda era conferida ao cônjuge inocente. Se ambos fossem culpados e se não houvesse prejuízo de ordem moral ao menor a guarda era concedida a mãe. Logo, o critério para a fixação da guarda não era o superior interesse da criança, mas sim a culpa. In **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p.428.

¹³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 597.

adolescente”, erigindo-os a sujeitos de direito, fazendo com que, dentre outros aspectos, quando da concessão da guarda seja sempre levado em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, pois destacou os direitos fundamentais destes.

É por conta desse avanço que na atual dicção legal não mais coexiste apenas o modelo da guarda uniparental, também chamada exclusiva, na qual cabia ao guardião, na maioria dos casos a mãe, exercer com toda a amplitude o seu poder parental, dirigindo a educação e a criação do filho, enquanto que ao não guardião competia, precipuamente, exercer as atribuições do seara patrimonial, bem assim a fiscalização das atribuições do outro.

Isso porque desde os primórdios da civilização o genitor era visto como o responsável pelo sustento da família, enquanto a mãe era encarregada da administração da casa, da educação e criação dos filhos.

Contudo, com o avanço da sociedade a estrutura patriarcal da família consubstanciada no arcaico pátrio poder oriundo da Roma Antiga cedeu lugar a atual nomenclatura poder familiar, o qual mais do que nova roupagem, recebeu também novo significado, pois não mais incumbe exclusivamente ao genitor responder pela família, mas sim ao casal, ou seja, ao homem e a mulher, de forma igualitária e conjunta.

Não restam dúvidas que a alteração em muito se deve ao fato de as mulheres terem invadido o mercado de trabalho, o que possibilitou a inversão de papéis, permitindo ao homem experimentar a função doméstica e verificar que o simples ato de cuidar da casa e zelar pelos filhos não comprometia a sua masculinidade, situação esta que refletiu diretamente no que atine a guarda dos filhos.

Em decorrência, a mãe não é mais, por força legal, a pessoa com a qual os filhos deverão, necessariamente, permanecer quando do rompimento do vínculo matrimonial ou afetivo, porquanto a figura masculina não é mais considerada inapta para a criação do ser humano em formação.

Lembremos que há em nosso ordenamento jurídico diversas modalidades de guarda que não somente a unilateral.

A despeito, Gama assim esclarece o funcionamento e objetivo de cada uma delas, senão vejamos:

(a) guarda alternada, ou seja, aquela em que cada um dos genitores detém a guarda do filho alternadamente, de acordo com um limite de espaço-temporal preestabelecido, que pode se representar por um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo, possui, de forma exclusiva, todos os poderes-deveres que integram a autoridade parental, sendo que ao fim do período ocorre uma inversão das atribuições; (b) guarda dividida, consistente na hipótese que apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda; (c) guarda compartilhada (ou conjunta), ou seja, o modelo que visa a permitir o exercício compartilhado de guarda, e que autoriza os pais a compartilharem a criação e a educação dos filhos, possibilitando uma adequada comunicação com os pais¹³⁶.

Assim, em apertada síntese, que na guarda alternada é conferido o poder familiar por um lapso temporal preacordado de forma exclusiva a um dos genitores, sendo que estes se revezam no exercício do dever.

A guarda unilateral, também chamada exclusiva, é aquela em que a guarda é conferida a um só dos genitores, com estabelecimento do direito de visitação em relação ao não detentor, incumbindo, também a ele, a supervisionar os interesses do filho (artigo 1.583, §3º do CC), bem assim fiscalizar a sua manutenção e educação (artigo 1.589, *caput*, *in fine*, do CC) e, finalmente, a guarda compartilhada, que é a preferência legal e implica na responsabilização conjunta de ambos os pais.

Nesse sentido, a fim de se adaptar a nova realidade brasileira, priorizando de forma integral e absoluta a criança e o adolescente, criou-se a guarda alternada, a guarda dividida e a compartilhada a fim de possibilitar aos pais o exercício conjunto do poder familiar, atendo-se, via de consequência, ao superior interesse dos infantes.

Em relação à guarda compartilhada e a sua inserção no nosso ordenamento jurídico, Maria Berenice Dias assim discorre:

Historicamente, os filhos sempre ficavam sob a guarda materna, pelo absoluto despreparo dos homens em desempenhar as funções de maternagem. Sempre foi proibido aos meninos brincar de boneca, entrar na cozinha. Claro que, em face disso, nunca tiveram a menor habilidade para cuidar dos filhos. Assim, mais do que natural que essas tarefas fossem desempenhadas exclusivamente pelas mães: *quem pariu que embale!* Quando da separação, os filhos só podiam ficar com a mãe. Até a lei dizia

¹³⁶ *Op. cit.*, pp. 276-277.

isso (LD 10 §1.º). A definição da guarda era unipessoal. Quando da separação dos pais, a lei impunha a necessidade de identificar quem ficaria com a guarda dos filhos, sendo estabelecido o regime de visitas. Quando os pais passaram a reivindicar a **guarda compartilhada**, enorme foi a resistência da justiça em homologar tais pedidos, sob o fundamento de inexistir previsão legal.¹³⁷

Nesse passo, é necessário que dentre as demais modalidades de guarda há uma em especial que visa, precipuamente, dividir a responsabilidade com a educação da criança e do adolescente, posto que tem como escopo primar pelos direitos do menor em formação.

Foi com o advento da Lei n.º 11.698/2008 que houve a inclusão no Código Civil da possibilidade de responsabilização conjunta, entre ambos os genitores, de maneira paritária, das decisões, deveres e bem assim dos direitos do poder familiar.

Com a alteração levada a efeito no Código Civil pela lei supra deixou de ser priorizada a guarda individual, definindo, a lei, o que se entende por guarda unilateral e compartilhada, fazendo, inclusive, preferência a esta última.

Desta maneira, sempre que possível, a guarda compartilhada deve ser a fixada e, em situações em que os pais não entrem em acordo, é ela que será estabelecida judicialmente, uma vez que, a princípio, seria a que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente.

Note-se que a dissolução do vínculo afetivo entre o casal não deve, de maneira alguma, acarretar no rompimento dos direitos e deveres inerentes aos filhos, haja vista que é indispensável a manutenção dos vínculos parentais, dos laços de carinho e afeto, até mesmo para mitigar os efeitos que a separação acarreta nos filhos.

A respeito, Maria Berenice Dias, citando José Lamartine, pondera que “o estado de família é indisponível”¹³⁸ já que a unidade familiar permanece, logo, “deixando os pais de viver sob o mesmo teto, ainda que haja situação de conflito entre eles sobre a guarda dos filhos sujeitos ao poder familiar, é necessário definir a guarda, se conjunta ou unilateral.”¹³⁹

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p.429.

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 429.

¹³⁹ *Idem.* (grifado no original).

Mencionado, a lei trata da guarda no capítulo atinente a Proteção da Pessoa dos Filhos, artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, mas também quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, quais sejam artigo 1.611 e 1.612, ambos do *códex civil*¹⁴⁰.

Reza o artigo 1.583 do Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 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.

No artigo acima a lei, como mencionado alhures, define o que se entende por guarda unilateral e compartilhada, dando preferência à estipulação desta última, bem assim as condições necessárias para a atribuição da guarda unilateral a um ou outro genitor e, a princípio, fica ao alvedrio dos mesmos a escolha por uma ou outra, mas o juiz deve informar em que consiste a guarda compartilhada¹⁴¹ e não havendo acordo a despeito, esta última é a que deverá ser fixada.

Nesse passo, ainda, que a guarda dos filhos pode ser deferida a terceira pessoa, contudo, deverá, preferencialmente, ser concedida a pessoa da família que nutra pelo menor afeto, bem assim tenha com o mesmo afinidade¹⁴², bem assim que

¹⁴⁰ Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

¹⁴¹ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

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

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

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (...). (destaque nosso).

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 431.

revele compatibilidade com a natureza da medida, nos termos do artigo 1.584, §5º do Código Civil, senão vejamos:

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

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

Outrossim, é de bom alvitre trazer a lume o que dispõe a lei acerca do direito de visitação do genitor não detentor da guarda:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Logo, o direito de visitas deverá ser acordado entre os genitores, ou, não havendo acordo, segundo o critério fixado pelo juiz, direito este que se estende também aos avós, sempre atentando ao melhor interesse da criança ou do adolescente.

De qualquer modo, será previamente ouvido o Ministério Público, para fins de chancela judicial da guarda e do direito de visitas.

Como se depreende, o direito de visitas do genitor não detentor da guarda é tratado de maneira superficial pelo Código Civil, de modo que a omissão se encontra sanada pelo Código de Processo Civil, o qual determina, em seu artigo 1.121, §2º do Código Civil que:

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;

III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

§ 1º Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX.

§ 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Apesar de o artigo supra estar inserido no capítulo referente a separação judicial, a qual foi expurgada de nosso ordenamento jurídico, a jurista Maria Berenice Dias pondera que o referido artigo conceituou o regime de visitas como sendo a “forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos”¹⁴³.

Prosseguindo, Dias elucida que a visitação é mais do que um direito dos genitores, como também é um direito do próprio filho de ter ambos os pais em sua companhia, pois visa resguardar o direito do menor atenuando o sofrimento causado com a perda da convivência com ambos os genitores, como forma de preservação dos vínculos afetivos, direito este que se estende aos avós, tios, padrinhos, etc.

Sobre a guarda compartilhada, Maria Berenice Dias obtempera que possui fundamento de ordem constitucional e psicológica, sendo a modalidade que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente, frisando, ainda que:

O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade. 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 aos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. (...) Por isso, a regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não mais fica à mercê de acordos firmados ente os pais, e sim contemplados expressamente na norma legal¹⁴⁴.

Assim, não há dúvidas que a guarda compartilhada visa a manutenção da responsabilidade solidária entre os pais sobre a prole, resguardando, da melhor maneira possível, o interesse da criança e do adolescente, que é ter, perto de si, lhe educando, defendendo e protegendo, os seus genitores.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 436.

¹⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 432.

Ainda na seara da guarda compartilhada, Maria Berenice Dias aponta uma modalidade desta, o chamado aninhamento, no qual o filho permanece em uma casa e são os genitores que se revezam¹⁴⁵.

Sobre o aninhamento, também chamado nidação, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho assim discorrem:

(...) espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia da mesma. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial.¹⁴⁶

Incumbe ainda consignar que a guarda compartilhada, assim como quaisquer das outras modalidades de guarda mencionadas, pode ser acordada pelo casal de forma consensual, como também pode ser a modalidade fixada pelo juiz e, em regra, deve ser estipulada na ação de divórcio ou de dissolução de união estável, mas também pode ser definida por meio de ação autônoma¹⁴⁷.

Sob este enfoque Stolze e Pamplona Filho apontam que:

Na esmagadora maioria dos casos, quando não se afigura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente poderá o juiz “impor” o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos. Por isso, somente em situações excepcionais, em que o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida.¹⁴⁸

Nesse sentido, lembra-se que quando não há consenso entre o casal a guarda compartilhada é a que será fixada pelo juiz, contudo, de outro norte, tendo os genitores se manifestado pela guarda unilateral, não é possível a imposição judicial do compartilhamento.

Sobre os efeitos práticos da guarda compartilhada, Dias esclarece que:

Guarda compartilhada significa dois lares, **dupla residência**, mais de um domicílio, o que, aliás, é admitido pela lei (CC 71). Fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer. Porém, não há

¹⁴⁵ *Idem*, p. 433.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 599.

¹⁴⁷ DIAS, p. 433.

¹⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 600.

qualquer impedimento que estipulem os genitores – de preferencia em procedimento de mediação -, alguns pontos a serem observados por ambos. Assim, há a possibilidade de ficar definida a **residência do filho** com um dos pais. (...) A guarda compartilhada não impede a fixação de **alimentos**, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas...¹⁴⁹

Nesse passo, fazendo-se necessário, fica garantido ao menor o direito de ter alimentos prestados por um de seus genitores, mesmo em caso de guarda compartilhada, pois enquanto a criança ou adolescente estiver na morada do pai menos favorecido economicamente, o outro poderá prestar alimentos para assegurar, durante tal período, o direito de subsistência.

A despeito dos efeitos práticos decorrentes da guarda compartilhada, Stolze e Pamplona Filho, citando Paulo Lôbo, discorrem que:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se 'em casa' tanto na residência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias¹⁵⁰.

Ainda a despeito da guarda compartilhada Stolze menciona que esta modalidade possui enormes vantagens para a criança e o adolescente sob o enfoque psicológico,

(...) mormente em se levando em conta *não existir* a danosa “exclusividade” típica da guarda unilateral, com resultado positivo na dimensão psíquica da criança ou adolescente que passa a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores¹⁵¹.

No presente tópico muito mencionamos a respeito do instituto da guarda inserto no Código Civil, incumbindo, nesse momento, tecermos algumas considerações a despeito da abordagem efetuada sobre o tema no Estatuto da

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 434.

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 601.

¹⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 600.

Criança e do Adolescente, haja vista que nessa lei específica a guarda é abordada sob outro enfoque, o qual será mencionado apenas a título elucidativo, já que não é o tema do presente trabalho.

Tangente ao instituto da guarda sob o enfoque do ECA, temos que salientar que diz respeito “com a situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais e estão com direitos ameaçados ou violados (ECA 98)”¹⁵².

A estudiosa Maria Berenice Dias ainda aponta que a guarda tratada no Estatuto “tem cabimento em duas situações em especial: (a) para regularizar a **posse de fato** (ECA 33 §1º) e (b) como medida liminar ou incidental nos procedimentos de **tutela e adoção** (ECA 33 § 2º)”¹⁵³.

Isso implica dizer que a guarda tratada no ECA é abordada sob o enfoque da adoção, tutela e posse de fato, ou seja, para regularizar a situação da criança e do adolescente que não estejam sob a guarda de seus pais; para fins de colocação em família substituta ou para fins de colocar o menor sob a tutela de alguém.

Finalmente, o nosso entendimento, a guarda compartilhada é, sem sombra de dúvidas, a que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente, pois é conferido a estes, após o divórcio ou a dissolução da união estável entre os seus pais, o direito de continuar convivendo com ambos os genitores, mitigando os efeitos traumáticos que todo rompimento afetivo entre o casal acarreta em seus filhos.

Contudo, na prática, a guarda conjunta muitas vezes sede lugar para outras modalidades, uma vez que comumente os pais preferem primar pela desavença, ao invés de, em concordância com a lei, proporcionarem aos seus filhos o direito ao desenvolvimento no seio familiar, com a presença de seu pai e sua mãe, que é constitucionalmente assegurado, mas que, infelizmente, é posto de lado para enaltecer o ego do excasal marital, colocando em xeque o superior interesse dos menores que é de ter ao seu lado o casal parental, ainda que estes não estejam mais unidos entre si pelos laços do amor, deveriam redirecionar o afeto que não mais existe entre eles aos seus filhos, que com toda a certeza são merecedores desse carinho.

¹⁵² DIAS, p. 439

¹⁵³ *Idem*.

3.2 O papel do Estado e da família

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal abrigaram em seu bojo a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, considerando-os como sujeitos de direito com o fito de salvaguardá-los de toda e qualquer forma de negligência e, para tanto, foram agraciados com inúmeras garantias.

Sob este aspecto, como bem frisado por Dias, “direitos de uns significam obrigações de outros. Por isso a Constituição enumera quem são os responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado”¹⁵⁴, incumbindo a eles a concretização dos direitos das crianças e adolescentes do nosso país.

Ao Estado compete a efetuação de políticas públicas específicas para a proteção do menor em formação, com o fito de proteger e defender os direitos deste.

Contudo não só o Estado como também a sociedade e a família devem garantir a satisfação de todas as necessidades das crianças e adolescentes, notadamente o direito a saúde, a vida, a educação, ao esporte, ao lazer, a profissionalização, ao respeito e a dignidade, a convivência familiar e comunitária, a cultura, a proteção ao trabalho etc., pois do mesmo modo que em determinadas situações a família não pode intervir, em dadas circunstâncias o Estado tem sua forças mitigadas.

A título esclarecedor pode se citar a obrigação do Estado de assegurar a criança e ao adolescente o “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, nos termos do artigo 54, inciso I, do ECA, e, em contra partida, cabe aos pais ou tutores “matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”, consoante se evola do artigo 55 da mesma *lex*.

O artigo 227, *caput*, da Constituição Federal¹⁵⁵ determina o atendimento prioritário, por parte do Estado, dos direitos da criança e do adolescente e, em decorrência, o ECA disciplina, de forma exemplificativa, em seu artigo 4º que:

¹⁵⁴ *Op. cit.*, p. 448.

¹⁵⁵ 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

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

Conforme da dicção do artigo acima que incumbe, de forma conjunta, a sociedade, ao Estado e a família, o dever de assistência e proteção ao menor em formação justamente por se encontrarem em pleno desenvolvimento.

O estudioso Wilson Donizeti Liberati explica que por absoluta prioridade deve se entender que o Estado, no que atine as políticas públicas, deve priorizar o atendimento das necessidades da criança e do adolescente, sendo certo que tal dever também compete a sociedade e a família¹⁵⁶.

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu bojo, nos artigos 70 a 73 as medidas sociais e jurídicas que deverão ser utilizadas pela sociedade e pela família para salvaguardar os direitos dos infantes, a saber:

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

Assim, incumbe ao Estado, família e sociedade prevenir a ocorrência de qualquer ato atentatório aos direitos do menor em formação, resguardando-os, garantindo-os e conferindo os meios necessários para a efetivação de tais direitos,

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

¹⁵⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

até mesmo porque, em caso de inobservância das normas de prevenção poderá, tanto a pessoa física como a jurídica, responder pelo ato omissivo.

Podemos dizer que a prevenção será exercida através da garantia do exercício do acesso à cultura, à informação, ao esporte, ao lazer, etc., nos termos do Estatuto.

O artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente ainda traz em seu bojo, acerca do direito à educação, como sendo obrigação do Estado¹⁵⁷.

De outro viés, tangente ao lazer, estipula o artigo 74 do ECA que cabe ao Poder Público:

(...) através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

Lembremos que se de um lado incumbe ao Estado regular as diversões e espetáculos públicos, através de um de seus órgãos, organizando a fim de esclarecer quais seriam apropriados ao público juvenil, compete aos pais estipular o que os seus filhos podem assistir na televisão, por exemplo.

Vislumbra-se, assim, que o Estatuto da Criança e do Adolescente em diversos trechos determina a responsabilidade da família em relação a proteção aos menores, enquanto em outros estipula que tal *munus* incumbirá ao Estado, como

¹⁵⁷ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola.

também os responsabiliza de forma conjunta em dadas situações, sendo certo que estamos muito longe de esgotar todas as possibilidades, as quais, dada a sua riqueza, mereceriam um capítulo próprio para tratar sobre o tema, contudo, através destas poucas linhas foi possibilitado ao leitor vislumbrar que a família, a sociedade e o Estado são igualmente responsáveis pela proteção das crianças e adolescentes do nosso país, com o fim de salvaguarda-los de toda e qualquer situação que gere risco a sua formação e desenvolvimento como ser humano.

Observemos, então, algumas das mais importantes medidas de proteção à criança e ao adolescente.

3.3 Medidas específicas de proteção à criança

Como é de trivial sabença, a Lei nº. 8.069/1990 instituiu a chamada doutrina de proteção integral da criança e do adolescente, baseada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela ONU no ano de 1989, cujo texto foi inserido em nossa legislação através do Decreto n.º 28 de 1990.

A revolucionária doutrina da proteção integral tem como principal desiderato “a proteção de *todos* os direitos infanto-juvenis, que compreendam, ainda, um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional, colocados à disposição de crianças e adolescentes para a proteção de todos os seus direitos”¹⁵⁸ e é dirigida a toda a criança e adolescente, sem qualquer distinção e assenta, de forma definitiva, a imprescindibilidade de se respeitar os direitos fundamentais do ser humano em desenvolvimento.

No presente tópico passaremos analisar as medidas específicas de proteção à criança e ao adolescente que se encontram em risco. A despeito, o artigo 98 do ECA traz em sua redação as situações em que serão aplicáveis¹⁵⁹.

¹⁵⁸ *Idem*, p.13. (destaque do autor).

¹⁵⁹ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

Em casos tais em que a criança ou o adolescente tiverem os seus direitos ameaçados, caberá a intervenção do Conselho Tutelar ou do Poder Judiciário para efetuar o atendimento necessário e tomar quaisquer das providências insertas no artigo 101 do ECA.

Os dois primeiros incisos do artigo 98 do ECA são autoexplicativos, enquanto que o inciso III, ao dispor que os direitos da criança e do adolescente poderão ser ameaçados em razão de suas condutas, importa dizer que os juvenis, por seus próprios atos, podem comprometer ou até mesmo violar os seus direitos, como, por exemplo, quando praticam um ato infracional.

A fim de salvaguardar os direitos dos menores em formação o artigo 101 do Estatuto¹⁶⁰ traz em seu bojo a possibilidade de aplicação de medidas de proteção quando a criança e o adolescente se encontrar em situação de risco.

O encaminhamento do menor aos seus pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade é medida preferencial as demais, pois confia o menor que se encontra em situação de risco ao seio de sua família, o melhor ambiente que poderia ser inserido.

De outro viés, se na situação concreta esta não for a melhor solução, seja por diferença de interesses entre os genitores e o menor ou devido ao fato de o ambiente familiar não ser propício a formação deste, será verificada quais das outras medidas melhor atenderá as necessidades da criança ou do adolescente.

Outrossim, a medida de orientação, apoio e acompanhamento, inserta no inciso II do artigo 101 do ECA será imposta, a depender do caso concreto, podendo o menor ser submetido a acompanhamento efetuado por sua família ou através de um estabelecimento de educação.

¹⁶⁰ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

Tangente a matrícula e frequência ao ensino fundamental, tal medida visa a integração comunitária do menor que se encontra em situação de risco.

No que refere ao inciso IV do artigo 101, Liberati aponta que:

As famílias recorrem aos serviços de atenção social pública ou privada para complementar o exercício do poder familiar. Nesse caso, o Conselho aplicará a medida de inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio, encaminhando a família, a criança ou o adolescente à entidade de assistência social, para sua execução.¹⁶¹

Em relação a medida de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico Liberati aponta que poderá ser estipulada com o fito de evitar que os direitos dos menores sejam ameaçados ou violados, ou seja, como medida preventiva¹⁶².

O inciso VI do artigo 101 do ECA visa a reabilitação do menor dependente químico, sendo certo que o tratamento deverá ser realizado por especialistas na área com o fim de recuperar a criança e o adolescente toxicômano.

O acolhimento institucional, assim como a inclusão em programa de acolhimento familiar “são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 101 do Estatuto.

As medidas insertas no alusivo artigo podem ser estipuladas pelo Conselho Tutelar sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, exceto a colocação do menor em família substituta.

O Estatuto também disciplina acerca das medidas socioeducativas a serem aplicadas aos menores que tiverem se envolvido na prática de ato infracional e correspondem a uma resposta Estatal para o ato ilícito cometido, como também visa recuperar o adolescente ou criança envolvida.

A esse respeito, Liberati leciona que:

A medida socioeducativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica

¹⁶¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª. ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 87.

¹⁶² *Idem*.

impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com a finalidade pedagógica-educativa¹⁶³.

Desse modo, podemos dizer que por meio dessas medidas o Estado visa, precipuamente, reintegrar o menor à sociedade, mas possuem natureza sancionatória com viés educativo.

O artigo 112 do ECA lista quais são estas medidas¹⁶⁴.

Liberati menciona em sua obra que para a aplicação da medida de advertência, que se trata de uma admoestação verbal, mister a realização de uma audiência admonitória em que estarão presentes o magistrado, o membro do Ministério Público e o adolescente, devidamente acompanhado de seus pais ou responsável legal e desde que provada a materialidade delitiva, bem assim perfazendo presentes indícios suficientes de autoria, nos termos do artigo 114 do Estatuto¹⁶⁵.

A obrigação de reparar o dano, por sua vez, “propicia o restabelecimento com a sociedade dos vínculos que foram partidos, em virtude da prática do ato infracional”¹⁶⁶ e, nos termos do artigo 116 do ECA pode ser efetuada das seguintes formas:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente **restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.**

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. (destaque nosso).

¹⁶³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª.ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 93.

¹⁶⁴ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 94.

¹⁶⁶ *Idem*.

Logo o adolescente deverá, nesta ordem, restituir a coisa, ressarcir o dano, ou compensar o prejuízo sofrido pela vítima, sendo que na impossibilidade de efetuar uma se passa para a outra ação, sucessivamente.

A prestação de serviços a comunidade se encontra regulamentada no artigo 117 do ECA, vejamos, na letra:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Compreende-se do artigo supra que a prestação de serviços comunitários não pode exceder o lapso de seis meses e deverá ser prestado em entidades assistenciais, hospitais, escolas ou outros estabelecimentos congêneres, sendo as tarefas atribuídas de acordo com as aptidões do menor infrator, bem assim de modo que não prejudique a sua frequência escolar ou a jornada de trabalho.

A liberdade assistida, mencionada no artigo 112, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente é disciplinada no artigo 118 da mesma *Lex*, senão vejamos:

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Descreve o artigo supra que o menor será supervisionado em todas as suas atividades a fim de garantir a sua recuperação e reinserção social.

Prosseguindo à análise do artigo 112 do ECA, o seu inciso V, que versa sobre a inserção do menor em regime de semi-liberdade, implica a “privação parcial

da liberdade do adolescente, considerando autor de ato infracional”¹⁶⁷, além de ser executada em dois períodos diferentes, a saber:

a) em execução de atividades externas na relação de trabalho e escola, durante o dia, mantendo uma ampla relação com os serviços e programas sociais e de formação; b) em acompanhamento com o orientador e/ou técnicos sociais durante o período noturno, quando o adolescente deverá recolher-se à entidade de atendimento. Nessa oportunidade, os técnicos acompanharão o desenvolvimento do adolescente e informarão ao Juiz o progresso e as dificuldades durante a execução da medida. A referida medida pode ser: a) aplicada desde o início, pela autoridade judiciária, por meio do devido processo legal de apuração do ato infracional; b) determinada pela “progressão” do regime de internação para o da semiliberdade. A semiliberdade poderá, a qualquer tempo, ser convertida em medida socioeducativa em meio aberto, nas mesmas circunstâncias do internamento.

Finalmente, a medida de internação do adolescente em estabelecimento educacional “constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, nos termos do artigo 121, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Compreende-se que tal medida é de todas a mais drástica, pois impõe severas restrições ao direito de liberdade do adolescente e somente poder ser imposta pela Autoridade Judiciária.

Os princípios mencionados no bojo do artigo, a saber: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento são os norteadores para a aplicação da medida de internação.

Quando falamos no princípio da brevidade, deve se entender que a medida extremada deve durar determinado prazo, o qual varia de seis meses a três anos (artigo 121, §§2º e 3º do ECA). Excetua-se, porém, a chamada internação-sanção, que é quando o adolescente descumprir reiteradamente de medidas socioeducativas anteriormente impostas, quando o prazo máximo de duração da internação será de três meses.

A despeito colha-se:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

¹⁶⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª.ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 97.

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. (destaque nosso).

A excepcionalidade, por ser a medida socioeducativa mais severa, deverá ser imposta somente quando as demais se demonstrarem insuficientes para o fim a que se destinam.

Outrossim, por meio da regra do respeito ao adolescente, “o Estatuto reafirma que é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar todas as medidas de contenção e segurança”¹⁶⁸.

Ponderamos, por oportuno, que se no transcurso da internação do menor, for demonstrado que a substituição da medida severa por outra medida socioeducativa é mais recomendável, nada impede a sua conversão.

A despeito, necessário frisar que a medida de internação somente poderá ser aplicada quando estiver presentes uma das situações delineadas no 122 do ECA.

O Estado, a família e a sociedade são responsáveis, cada qual a seu tempo e modo, pela segurança e formação física e psicológica das crianças e adolescentes do nosso país, cabendo-nos fazer o nosso papel para ajudarmos a formar cidadãos de bem para garantir o futuro da nação.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 99.

CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho de conclusão de curso foi constatado que o direito das famílias de hoje em pouco se assemelha com a realidade da época de nossos pais e muito se deve ao fato de nós mulheres termos “tirado a barriga do fogão” e adentrado ao mercado de trabalho.

Também não podemos negar que o fenômeno da globalização em muito contribuiu para a reformulação do direito das famílias, já que passamos a ser cidadãos do mundo, viajamos para outros países e conhecemos outras culturas, outras realidades o que colaborou, e muito, para não mais olharmos com indiferença para pessoas de diferentes raças e credos, como também já não nos causa tanta estranheza famílias não convencionais, seja aquelas formadas por um único genitor, ou as que o poder familiar é exercido por pessoas do mesmo sexo.

A família brasileira se pluralizou e tal realidade é muito bem vinda, haja vista que o que importa, na verdade, é que as nossas crianças estejam amparadas, inseridas no seio de uma família, repletas de amor, carinho e cuidado, pois, como diz o adágio popular “as crianças são o futuro da nação” e quem não gostaria que os governantes de amanhã fossem pessoas bem resolvidas e humanas?!!

Diante desta nova realidade que o legislador inseriu na legislação civilista a figura da guarda compartilhada, através da qual, mesmo diante do rompimento do vínculo conjugal ou da união estável é possibilitado aos filhos continuarem a conviver com ambos os genitores, mitigando, assim, os efeitos causados pela separação dos pais.

Em boa hora que o legislador se voltou para a realidade brasileira e constatou que a melhor saída seria legalizar uma situação que estava ocorrendo de fato, pois não somente a mulher como também o homem passou a reivindicar a guarda do seu filho, não havendo razões para que a criança ou o adolescente tivesse a sua guarda concedida a apenas um dos genitores se ambos se encontravam aptos material e psicologicamente para exercê-la.

Expurgada a questão da culpa atinente a separação do instituto da guarda, pois protegia, apenas, o cônjuge “correto”, já que este era o eleito, por força legal, como o melhor detentor dos predicados necessários para a criação do filho, conceito

repudiável e de caráter extremamente duvidoso, para então passar a ser buscada a melhor solução para a criança, a fim de proporcionar a ela a solução que atendesse os seus interesses como ser humano em formação.

É maciço o entendimento doutrinário no sentido que sempre que os genitores tiverem condições psicológicas de enfrentarem o compartilhamento da guarda dos filhos em um momento tão delicado que é a separação, impositivo o compartilhamento, sendo o poder parental exercido de forma conjunta, em igualdade de deveres e direitos, por ambos os genitores.

Sem dúvida nos perfilhamos a essa corrente e, bem assim a lei, que erige a guarda compartilhada como sendo a que melhor atende ao superior interesse da criança e do adolescente, muito embora, na prática, o compartilhamento seja posto de lado, uma vez que no mais das vezes o excasal prioriza pela desavença, o que prejudica demasiadamente a criança, pois dá azo a eventual ocorrência até mesmo da alienação parental.

Não duvidamos que o lei precisa ainda ser aperfeiçoada, como também não podemos negar que houve um avanço significativo, contudo, é indispensável o amadurecimento dos pais para que em uma situação de fragilidade, que é a dissolução do casal conjugal, seja colocado os filhos acima de tudo, formando, a partir de então, o casal parental, o qual é unido e harmônico e luta com hercúlea força para formar verdadeiros seres humanos.

No momento, nada nos resta a não ser torçermos para que os filhos sejam erigidos como prioridade absoluta, para que, efetivamente, tenham a merecida proteção integral, a qual a lei já confere, restando apenas os pais se conscientizarem.

REFERÊNCIAS

a) Livros/Obras

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de família**: teoria e prática. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de família, v. VI. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 8ª.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª.ed. São Paulo: Rideel, 2007.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 41ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**, volume 6. 27^a.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil (Direito de Família)**. 8^a. ed., v.6. São Paulo: Atlas, 2008.

b) Páginas da Internet

CAPELLARI Adrielli Mozara Prunzel, Luana da Silva Kanieski e Marta Botti . **Guarda compartilhada: uma perspectiva jurídica**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/823>. Acesso em 30/10/2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Benefício assistencial e Lei nº 12.435/2011: redefinição do grupo familiar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2942, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19605>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA ESTATÍSTICA. **PNAD 2011: crescimento da renda foi maior nas classes de rendimento mais baixas**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2222&id_pagina=1. Acesso em: 13/11/2012.

MACIEL, Marina dos Anjos Pontual. **A lei nº 12.435/2011 e a mudança no conceito de família para fins de concessão de benefício assistencial de prestação continuada**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 16 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32876&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

NETTO, Roberta de Freitas. **Uma nova lei: uma guarda planejada em prol do melhor interesse da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/432>. Acesso em: 24/10/2012.

OLIVEIRA José Antônio Cordeiro de. **Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/730>. Acesso em: 14/11/2012.

SPLICIDO, Christiane. **A validade do princípio da dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/3052>. Acesso em: 05/11/2012.