

A Guarda familiar: Um olhar sobre a criança e o adolescente inserido no novo contexto de família

SELL, Cleiton Lixieski¹; JUNIOR, João Alberto Gonçalves²

Constantemente o conceito de família se torna mais abrangente, deixando clara a diversidade do tema, sendo impulsionada pelas novas leis tem princípios assegurados na Constituição Federal de 1988. Desta forma, estando alicerçada no tema principal do direito de família, partiu-se de leituras e fichamentos de autores que abordam os temas discutidos. No entanto, para levar a cabo o presente trabalho, foi feita revisão bibliográfica, tendo como indicativo o método dedutivo, também denominado como hipotético por alguns autores. Com análise do direito de família, podem ser identificados possíveis problemas para criança ou o adolescente perante o novo casal. No direito de família são admitidas três espécies de guardas no tocante a criança ou adolescente, que são a guarda compartilhada, unilateral e a alternativa. Contudo, cresce de importância salientar a relevância que cada tipo de guarda traz na vida de cada menor, pois, esse indivíduo ainda está em pleno desenvolvimento da capacidade psicológica, sendo ainda um período sensível onde são formados os valores morais e éticos que carregam durante a vida. Na medida em que se tem uma guarda, independentemente de qual espécie, na maioria dos casos tem sua origem em um desentendimento familiar. Cabe ressaltar que ainda tornará a criança ou o adolescente ainda mais vulnerável para aceitar essa situação. Partindo desse ponto, abre-se um leque para buscar soluções mais aceitáveis de forma a não prejudicar a fase que o menor se encontra.

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

Abstract

Constantly the family concept becomes more comprehensive, highlighting the diversity of the subject, being driven by new laws principles has ensured the Federal Constitution of 1988 Thus, being grounded in the main theme of family law, broke readings and record keeping of authors who address the topics discussed. However, to carry out this study, a literature review was done, having as target the deductive method, also referred to by some authors as hypothetical. With analysis of family law, potential problems for children or adolescents before the new couple can be identified. In family law are allowed three species of guards regarding the child or adolescent, which are joint custody, and the unilateral alternative. However, emphasize the importance of growing importance that each type of guard brings in

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, registrado no Diretório de Grupos do CNPq. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da UNICRUZ. cleitonls.direito@gmail.com

² Graduação em Química (Licenciatura Plena) pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ; e Graduação em Administração na Universidade Católica de Pelotas. Experiência na área de Almoxarifado, contratos e aquisições/licitações na Administração Pública (Exército Brasileiro), com cursos de formação realizados na ESAF, ENAP e ICFEx. Pós-graduação em Controladoria e Finanças pela Universidade Católica de Pelotas. Fui Professor no Curso de Administração da Universidade Católica de Pelotas e atualmente trabalho com gestão de projetos de modernização do ensino militar na Fundação Marechal Roberto Trompowsky Leitão de Almeida em apoio ao Departamento de Educação e Cultura do Exército e cursando Mestrado em Política Social.

the life of each child, because that individual is still in full development of psychological capacity, being still a sensitive period where moral and ethical values that are formed during the charge lifetime. Inasmuch as it has a guard, regardless of which kind, in most cases have their origin in a family disagreement. It is noteworthy that even make the child or adolescent more vulnerable to accept this situation. From this point, opens up a range to fetch more acceptable solutions in order not to impair the stage that is the lowest.

Keywords: Guard. Family. Child. Teenager.

1 Breve abordagem sobre o Assunto

A cada instante o conceito de família se torna mais abrangente, uma vez que, deixa clara a diversidade do tema, pois impulsiona a edição de novas leis, tendo em seus princípios assegurados, questões de ordem Constitucional. Diante dos rumores que permeiam a sociedade, que por sinal, passa por uma transformação sociocultural, em que pese, são deletados antigos costumes enraizados em cada povo, e originados outros tais quais trazem em sua identidade, novos conceitos de direito de família.

Partindo desse ponto, abre-se um leque para buscar soluções mais aceitáveis de forma a não prejudicar a fase que o menor se encontra. Em meio à dificuldade de relacionamento por parte dos genitores, cria-se uma barreira tridimensional, onde de um lado está o genitor, e de outro a genitora, ficando na disputa ambos pela tutela criança, que acaba ter que aceitando a situação do casal. Para levar a cabo o presente trabalho.

A definição de família possui aspectos peculiares referentes aos laços sanguíneos, e na doutrina, não é pacífica quanto aos limites que se incluem como família. Rizzardo³ traduz a palavra família como em um sentido restrito, onde somente constituem os pais e os filhos, onde são relacionados através de seus laços consanguíneos, independentemente de serem legítimos ou adotados.

Entretanto, na concepção de Pontes de Miranda⁴, a família apresenta vários significados, pois, são pessoas que descendem do tronco ancestral quanto à conservação na memória dos descendentes; o marido e mulher definidos por lei.

³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

⁴ MIRANDA, Pontes apud RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. edição. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

Contudo, após as diversas definições sobre o que vem a ser família, ainda tem previsão na Constituição Federal de 1988, pois, estabelece como base da sociedade, tendo proteção do Estado⁵.

Em razão da aplicação dos princípios constitucionais, o atual direito de família consagrou valores sociais que estão inseridos desde a sua origem. A partir desse novo modelo de família, se é que pode ser chamado, introduziu o reconhecimento cada vez maior através das jurisprudências de princípios e direitos implícitos nas legislações vigentes.

No tocante a aplicação de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, proibição de retrocesso social, proteção integral da criança e do adolescente, princípio da igualdade e da liberdade, serão prevalentes em processo ou até mesmo em decisões, não somente no âmbito do direito de família, mas em todos os ramos⁶.

O direito de família, assim como outros ramos do direito, são baseados em princípios, que são fundamentais para que se possa ter uma visão e sabedoria do direito de família. Com a positivação da Carta Magna de 1988, o novo conceito de direito de família passou a ser percorrido com afeto e valorização das relações familiares, pois, somente assim se estará contribuindo para realização como também o bom desenvolvimento do indivíduo⁷.

2 Metodologia e/ou Material e Métodos

Quanto à metodologia, o presente trabalho terá como método de abordagem o método dedutivo, também denominado como hipotético por alguns autores. Partindo desse método, onde estão envolvidas questões referentes ao direito de família, a fim de se chegar a as questões que permeiam no contexto de família.

Este trabalho foi desenvolvido apenas com uma fundamentação na bibliografia, revisando autores que abordam as questões atinentes ao tema, onde posteriormente será exploratória, e utilizando-se como técnica, a pesquisa bibliográfica e documental, junto aos casos concretos fundamentados através da doutrina como também da jurisprudência.

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁷ JUNIOR, Moacir César Pena. Direito das Pessoas e das Famílias. **Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

3 A Guarda familiar e sua visão sobre os Direitos Fundamentais

Em uma perspectiva jurídica, o abuso psicológico sofrido pelas crianças e adolescentes frente aos seus guardiões hoje já é crime. Diante de uma sociedade com foco no crescimento profissional e econômico, identifica-se que as inovações com grande influência pelas gerações anteriores, onde por sua vez foram previstas desde a primeira Constituição do Império do Brasil de 1824 até a atual Constituição Federal de 1988, que está em vigor até hoje.

Essas mudanças que ocorreram nos Códigos, foram por necessidade, uma vez que, a sociedade se adapta a era das transformações tecnologia da informação, impulsionou com certo grau a necessidade da criação de um dispositivo que ampare o menor, bem como a pessoa vulnerável, sob guarda de um possível alienador, que alerta sobre os danos irreparáveis que podem acontecer se concretizar.

Na lição de Pereira⁸, “a criança ou adolescente será colocado em família substituída mediante guarda, tutela ou adoção. Diz o §1º do art. 28 do ECA que sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido e sua opinião considerada”.

Não obstante as legislações processuais, ainda surgem dispositivos como o Estatuto da Criança e do Adolescente⁹ (ECA), que versa sobre a proteção integral do menor na sua infância, que é um período que é fundamental para contribuir na formação psíquica e moral do indivíduo.

O instituto do ECA amparou de forma plena a questão da criança e do adolescente, que por sua vez, prevê em seu art. 1º a “proteção integral”¹⁰ que em outras palavras, abrange todas as condutas realizadas contra o menor.

Em matéria de guarda familiar, sempre vem em mente, uma desconfortável situação em que o casal se encontra. Em que pese, os conflitos familiares tornaram-se mais consistentes atualmente, pois, são atrelados aos mais diversos fatores, que levam a cabo separações, que se o casal já possuir filhos, torna-se ainda mais complexo, pois, na maioria dos casos, detém de intervenção judicial para a solução da lide.

⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. A Ética da Convivência Familiar. **Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 261.

⁹ BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm >. Acesso em: 30 Ago. 2014.

¹⁰ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Na guarda compartilhada, é a considerada conjunta, sendo unidade pelo casamento, onde permanece a convivência em relação à família, onde os genitores compartilham a harmonia e dividem o tempo com a criança ou adolescente.

Nesse sentido, Comel¹¹, preceitua que com a reformulação dos textos de alguns artigos do Código Civil de 2002, houve de forma mais intensa, um pensamento de igualdade total dos pais, uma vez que, com a CF/88, o interesse dos pais está restritamente condicionado ao melhor interesse dos filhos, que entretanto, abrange a responsabilidade na formação intelectual dos filhos.

A questão do poder familiar que foi positivado pela Carta Magna, ainda forte respaldo no CC/02, em seu art. 1.634, como também possui reforço no Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê a obrigação que os pais têm para com a criação e educação dos filhos. Diante dessa responsabilidade pelos genitores, ainda tem previsão que a conduta dos menores de 18 anos é de inteira responsabilidade dos pais, cabendo a estes, a orientação e disciplina perante a tais atos.

E de importância relevante manter a comunhão entre o casal, que entretanto permitirá uma formação sólida dos filhos que hão-de vir. No entanto, cabe ressaltar que durante a vida que a familiar, principalmente no tocante de manter uma boa relação entre os cônjuges, pois facilitará o convívio como também o aspecto de felicidade que ambos terão juntamente.

A guarda se torna uma dos fatores de disputa entre o casal, em que pese, se torna menos conflitante quando se tem uma conciliação. Nesse sentido, Filho¹² aborda que, “ no contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade das relações pais-filhos e a não-exposição do menor aos devastadores conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores [...]”.

Quando se fala em separação entre o casal, logo vem a ideia de incompreensão pelo casal. Diante desse sentimento, ocorre um vazio na vida de ambos, pois deixa de existir o afeto e o carinho um pelo outro, dando espaço para a discussão em nome da razão de cada um.

Ainda na seara Cível, existe um princípio referente a igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros no tocante ao domicílio, pois deve ser decidido por ambos, e não mais

¹¹ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar** apud Rolf Madaleno, **Direito de Família em Pauta**, 2004, p.79.

¹² FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 217.

como era determinado antes do CC/02, onde havia a previsão de que o cônjuge paterno tinha a consciência de decidir¹³.

Foram criadas uma série de legislações no âmbito do direito de família, que dentre elas está a Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010¹⁴, referente a Alienação Parental.

Com base na análise da referida Lei, pesquisas apontam que os maiores responsáveis por praticar a alienação parental são as mães, um dos motivos pode ser que, nos julgamentos de separação judicial, a possibilidade da guarda da criança ficar com a mesma é consideravelmente maior, porém, nada impede, também casos no qual o papel do alienador é trocado.

4 A Constituição Federal e os Fundamentos do Direito de Família

Em relação a CF/88, a criança e o adolescente foram contemplados com absoluta prioridade pela família, conforme o disposto no art. 227¹⁵. Entretanto, observa-se que o menor ganhou um tratamento tão forte que passou a ser diferenciado inclusive em relação ao idoso.

Chaves¹⁶ preceitua que a família começa quando ocorre o casamento, pois assim estará estruturado o ordenamento jurídico. No entanto, o Legislador Constituinte reconheceu as famílias que tinham uma estrutura semelhante, mas que no entanto, eram discriminadas pelo motivo do vínculo não ter sido chancelado pelo Estado.

Quando um casal rompe de fato a relação, é inegável que fica um sentimento de vazio na vida de ambos. No entanto, torna-se menos prejudicial quando não possuem filhos, pois a falta de contato entre os genitores poderá afetar diretamente a criança que passa por uma fase de integração e aprendizagem.

¹³ VILLELA, João Batista. **Sobre a igualdade de direitos de direitos entre homem e mulher**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **Direitos de Família e do Menor**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 133-54.

¹⁴ Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a inferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por genitores, pelos avós ou pelos que tem a criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

¹⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁶ Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: WELTER, Belmiro Pedro [et al.]. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

A partir do momento que não se tem mas uma relação afetiva com o menor, como a apresentação à escola onde irá estudar, parabenizar o rendimento que obteve nos resultados das provas, dar alguma desculpa ou pretexto que impeça as visitas regulamentadas, entre outras, ocasionará um rompimento do vínculo maternal ou paternal.

Sem sombra da menor dúvida, as grandes modificações que foram conquistadas pouco a pouco, como também o ordenamento jurídico, através de uma série de Leis, têm-se na incorporação definitivamente referente a mudança de valores, que entretanto passa a ser consolidada como a mais profunda alteração¹⁷.

Em meio ao comprometimento do casal mesmo após a dissolução, é imprescindível que os genitores permaneça com o melhor interesse da criança e/ou adolescente em plena infância, que vai acrescentar mais um motivo que contribua para que aumente o crédito que o menor tem com seus pais, mesmo não residindo na mesma casa.

Na questão da função que uma família tem, segundo a visão de Oliveira¹⁸, “é a transmissão de normas, papéis e valores aos filhos, permitindo estes sua integração numa sociedade baseada sobre a realização pessoal”.

Em se tratando de inovações consolidadas no direito de família, Silva¹⁹ traduz que,

No entanto, não é forçoso admitir que, se algumas alterações legais não representem grande avanço pático, no geral, o conjunto de inovações na seara do Direito de Familiar, no mínimo, denota o bem-vindo espírito de mudança que vem se consolidando na comunidade jurídica, o que é, para um direito que há poucos anos atrás poderia ser considerado absurdamente atrasado e patriarcalista, uma grande e feliz esperança.

No tocante a função social que a família representa, estão previstos os princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana entre outros. No entanto, em relação a sua finalidade, estão dispostos a solidariedade, igualdade, paternidade, proteção integral, sendo estabelecida pelo ECA, integridade e a isonomia. Portanto, não se pode falar em comunhão entre o casal se não preceituarem esses fundamentos que integram o bom convívio familiar²⁰.

¹⁷ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 267.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família. Entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 263.

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. **Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

A CF/88 prevê de forma explícita e implícita princípios que regem nas diversas searas do direito. No entanto, cresce de importância estabelecer um equilíbrio entre o direito e a aplicação para os casos, uma vez que, se não for respeitada a vontade de um dos genitores, poderá não haver de fato a solução jurídica para o caso, ou seja, irá permanecer o inconformismo parte parte de um dos polos, que entretanto, tranar-se-a objeto de litígio.

5 Considerações Finais

Fazendo uma análise sob o novo contexto em que o direito de família está inserido, demonstra que a evolução histórica do direito está presente nos dias atuais, isto é, conceitos que eram tratados de forma limitada, passaram a absorver uma nova forma de reconhecimento frente a conjuntura da sociedade, que por conseguinte, trouxe inovações bem como reflexões a respeito das normas jurídicas vigentes.

Fazendo uma analogia ao direito penal, os crimes dolosos contra a vida passaram a ser julgados pelo Tribunal do Júri desde 1824, ou seja, onde a sociedade passava a julgar o fato cometido pelo acusado. Dessa forma, o acusado era jugado por um conselho de sentença em que figurava no polo ativo, os jurados eleitos dentre a sociedade. Foi um avanço que ocorreu a respeito da democracia dentro de uma previsão legaldo direito, pois cabia a sociedade decidir a conduta que o indivíduo tinha executado.

Não diferente do direito de família, onde passaram-se a criar novas leis que regularizaram situações como a adoção homoafetiva, união estável, alienação parental etc. Esses exemplos demonstram que há constantes transformações no direito, ou seja, através de legislações novas ou jurisprudências, são entendidos fatos que acabam em acarretar o entendimento pelo órgão superior de determinado caso concreto.

Trazendo o atual conceito jurídico do que representa família, identifica-se como evoluiu o direito, pois mesmo mantendo as bases estruturais, os princípios permanecem, vindo a estabelecer uma forma justa no âmbito das relações familiares. Cabe mencionar nesse emaranhado de legislações, que as alterações se deram por necessidade de uma sociedade modificada, com novos modelos de convivência familiar, e consequente, novas aplicações do direito para cada caso.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 30 Ago. 2014.

____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm >. Acesso em: 30 Ago. 2014.

____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 30 Ago. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. **Família, Criança, Adolescente e Idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

JUNIOR, Moacir César Pena. Direito das Pessoas e das Famílias. **Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta.** ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família. **Entre o Público e o Privado.** Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Ética da Convivência Familiar. **Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

VILLELA, João Batista. **Sobre a igualdade de direitos de direitos entre homem e mulher.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **Direitos de Família e do Menor.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WELTER, Belmiro Pedro [et al.]. **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.