

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

FERNANDA SLOWIK GOMES DOS SANTOS

**FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS: AS POLÊMICAS ENVOLVENDO GUARDA NAS
DISSOLUÇÕES DE CASAMENTOS OU UNIÕES ESTÁVEIS E A MODIFICAÇÃO DO
TRATAMENTO PROCESSUAL COM A LEI 13.105/2015**

Curitiba

2018

FERNANDA SLOWIK GOMES DOS SANTOS

**FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS: AS POLÊMICAS ENVOLVENDO GUARDA NAS
DISSOLUÇÕES DE CASAMENTOS OU UNIÕES ESTÁVEIS E A MODIFICAÇÃO DO
TRATAMENTO PROCESSUAL COM A LEI 13.105/2015**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro
Universitário Curitiba.

Orientadora: Prof. MSc. Tatiana Denczuk

Curitiba

2018

FERNANDA SLOWIK GOMES DOS SANTOS

**FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS: AS POLÊMICAS ENVOLVENDO GUARDA NAS
DISSOLUÇÕES DE CASAMENTOS OU UNIÕES ESTÁVEIS E A MODIFICAÇÃO
DO TRATAMENTO PROCESSUAL COM A LEI 13.105/2015**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador (a): _____

Prof. MSc. Tatiana Denczuk

Prof. Membro da Banca

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

A meus pais, Mauro e Sheila, pelo investimento e incentivo em meus estudos. Em memória de meu avô, Alfredo Slowik, exemplo de caráter e perseverança.

AGRADECIMENTOS

Ao término deste trabalho, urge agradecer as pessoas que foram de extrema importância para o desenvolvimento e a conclusão desta monografia.

Agradeço à Professora MSc. Tatiana Denczuk, pela disponibilidade e pela paciência, bem como pelas orientações e esclarecimentos repassados durante o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ao meu dirigente e amigo, Dr. Fábio Augusto de Souza, pelas indicações de autores, pelos livros emprestados e por todas as contribuições com esta monografia. Ter a oportunidade de estagiar em seu escritório é de grande enriquecimento, tanto na seara jurídica, quanto na seara pessoal. Não posso esquecer, também, da equipe do escritório, Rodrigo e Ligiane, agradeço a amizade e o apoio.

Agradeço aos amigos, Marcela, Bruno, Giovanna, Hemanuella, Kauana e Guilherme, à minha madrinha, Karla, e ao meu amor, José Leandro, por todo o apoio, paciência, palavras de incentivo e por me acalmarem e alegrarem nos momentos de dificuldades.

Agradeço, imensamente, aos meus pais. Por certo que a conclusão desta monografia depende, em grande parte, deles. Obrigada por, desde os meus primeiros passos, terem prezado pelos meus estudos, trabalhando e batalhando para que eu sempre tivesse uma educação de qualidade. Obrigada por todo o amor, carinho, incentivo, chamadas de atenção, paciência (não somente durante o desenvolvimento desta monografia, mas por todo o período da graduação) e pela compreensão.

Agradeço, por fim, a Deus e Nossa Senhora, que sempre iluminam o meu caminho e me concedem serenidade e coragem para enfrentar meus medos e atingir meus objetos.

RESUMO

A família é uma instituição em constante desenvolvimento e transformação. Esta dinâmica da seara da família implica que a ciência jurídica se atualize com constância para acompanhar as modificações dos modelos familiares e, assim, garantir que todos os indivíduos que compõem a referida instituição tenham seus direitos fundamentais observados e assegurados. Não somente o direito material deve se atualizar, como o direito processual deve acompanhar as transformações da entidade familiar. Neste sentido, conforme restará salientado pelo presente trabalho, a doutrina considera que o Código de Processo Civil de 1973 fora omissivo ao reger as Ações de Família, posto que o aludido código processual possuía escassos artigos que disciplinavam os procedimentos destes tipos de ações. Assim, em atenção às suplicas da comunidade jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 reservou um capítulo especialmente para versar sobre as Ações de Família, trazendo inovações para o mundo jurídico. Desta forma, o presente trabalho objetiva analisar estas inovações propostas pelo código processual vigente, observando a ingerência e as contribuições destas para a seara do Direito de Família, estudando, de forma mais aprofundada, os artigos 694, 695, 696, 698 e 699 do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: ações de família, código de processo civil de 2015.

LISTA DE SIGLAS

ADIN	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCB/02	- Código Civil de 2002
CF	- Constituição Federal
CPC	- Código de Processo Civil
CPC/1973	- Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	- Código de Processo Civil de 2015
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	- Instituto Brasileiro de Direito de Família
STF	- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO	6
LISTA DE SIGLAS	7
1. INTRODUÇÃO	9
2 FAMÍLIAS: EVOLUÇÃO E CONTEMPORANEIDADE	11
2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A FAMÍLIA.....	11
2.1.1 Evolução Histórica da Família	11
2.1.2 – Evolução do Direito de Família.....	13
2.1.3 – Do Entendimento de Família Moderna.....	17
2.1.4 – Princípio da Afetividade e Seus Efeitos	19
2.1.5 – Das Espécies de Família	24
3 DAS QUESTÕES POLÊMICAS DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NAS DISSOLUÇÕES DA SOCIEDADE CONJUGAL E UNIÃO ESTÁVEL QUE ENVOLVEM GUARDA	31
3.1 – DAS AÇÕES LITIGIOSAS.....	31
3.1.1 – O Casamento.....	31
3.1.2 – A União Estável	33
3.1.3 – O Divórcio e a Dissolução da União Estável.....	35
3.1.4 – Da Proteção aos Filhos.....	38
3.1.5 – Do Poder Familiar	40
3.2 – DA GUARDA	43
3.2.1 –Tipos de Guarda	45
3.2.2 – Guarda Compartilhada – Vantagens e Desvantagens.....	49
3.2.3 – Alienação Parental.....	51
4. CAPÍTULO III – DOS ASPECTOS PROCESSUAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA TRAZIDOS PELA LEI 13.105/2015	55
4.1 – DAS AÇÕES DE FAMÍLIA.....	55
4.1.1 – Do Incentivo aos Magistrados de Disporem de Todos os Esforços Possíveis para Solução dos Conflitos – análise da interdisciplinaridade do Direito.....	56
4.1.2 – Mediação e Conciliação como Instrumentos que Proporcionam a Solução Consensual da Lide	61
4.1.2.1 – Considerações acerca da técnica da mediação.....	64
4.1.2.2 – Mediação familiar e interdisciplinaridade	65
4.1.3 – Das Audiências Obrigatórias em Procedimentos Especiais e Quando as Partes não Têm Interesses Nestes Tipos de Solução de Conflitos	67
4.1.3.1 – Suspensão e divisão das audiências de autocomposição	71
4.1.4 – Mandado de Citação Desacompanhado da Petição Inicial.....	72
4.1.5 – Atuação do Ministério Público e o Depoimento de Incapaz que Sofre Abusos ou Alienação Parental.....	75
5. CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	82
GLOSSÁRIO	87

1. INTRODUÇÃO.

Tendo em vista que a instituição família vive em constantes transformações, para garantir a dignidade e outros direitos fundamentais dos integrantes da entidade familiar, faz-se necessário que o Direito se amolde às modificações que a família passa, tanto na área material, quanto na área processual.

Neste sentido, devido à complexidade das lides familiares, é fundamental que as Ações de Família sejam devidamente especificadas no código processual, para que estes tipos de demandas se desenvolvam de forma pacífica e gerem um bom resultado para todas as partes da ação, especialmente quando se aborda as novas configurações familiares e as demandas versam sobre disputa de guarda.

Neste caminho, conforme será observado neste trabalho, a doutrina considera que o Código de Processo Civil de 1973 não especificava muito bem o trâmite das ações de família, uma vez que este possuía artigos escassos e que igualmente não abordavam de forma aprofundada o caminho processual destas ações.

Desta maneira, em atenção às súplicas da doutrina e da jurisprudência, a Lei nº 13.105/2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, destinou um capítulo especificamente para tratar das Ações de Família. Referido capítulo veio com propostas que possuem significativos impactos para as demandas familiares.

Todavia, por serem mudanças recentes e relativamente novas para o direito de família, mister analisar quais são as repercussões dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 nos conflitos familiares e se serão suficientes para atender a todas as formações de famílias, uma vez que se trata de uma seara dinâmica em constantes transformações.

Logo, o presente trabalho tem como objetivo estudar o capítulo das Ações da Família, precisamente os art. 694, 695, 696, 698 e 699, colhendo, para tanto, os entendimentos da doutrina e da jurisprudência acerca das inovações trazidas pelos mencionados artigos.

À vista disso, será analisado se os artigos codificados são suficientes para conduzirem os processos de família, ou se é relevante que o legislador discipline mais artigos acerca dos trâmites destas ações.

Para além, tendo em vista que um dos objetivos deste novo código processual é o de instigar as partes a realizarem mediações e conciliações, uma vez que urge reeducar a sociedade no sentido dos sujeitos buscarem a autocomposição antes de pleitearem a tutela jurisdicional, será analisado se a intenção do legislador de tornar obrigatórias as audiências de autocomposição nas demandas familiares terá eficácia. Assim, este trabalho irá estudar como a mediação pode auxiliar na estipulação da guarda, bem como, analisará as audiências de conciliação e mediação sob a perspectiva do princípio da autonomia da vontade das partes e até que ponto a obrigatoriedade pode ser produtiva para o caminhar da lide.

Igualmente, será averiguada se é constitucional ou não o comando que determina que o mandado de citação, nas ações de família, seja desacompanhado da inicial e se esta instrução irá, assim como pensa o legislador, diminuir os atritos entre as partes.

Outro ponto que será analisado é a oitiva de incapazes que sofreram abusos ou alienação parental. Aqui, o trabalho irá ponderar se os artigos do CPC/2015 são suficientes para instruírem o magistrado no ato de colher os depoimentos dos absolutamente e relativamente incapazes, ou se é necessário criar mais dispositivos que regem estas oitivas.

Por fim, será averiguado, igualmente, a questão da interdisciplinaridade do direito com especialistas de áreas diversas. Se a imposição que o magistrado seja auxiliado por profissionais de outras áreas, como da psicologia, assistência social e psiquiatria, será efetiva para que o aquele chegue à decisões mais e justas e como que estes especialistas podem auxiliar o juiz.

Em suma, este trabalho irá examinar se os artigos constantes no Capítulo X do Código de Processo Civil de 2015 são previsões importantes e se poderão auxiliar, de forma eficaz, as ações de família ou não.

2 FAMÍLIAS: EVOLUÇÃO E CONTEMPORANEIDADE

2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A FAMÍLIA

2.1.1 Evolução Histórica da Família

O homem tem, por natureza, a necessidade de travar relações com os outros seres humanos. No princípio, a relação era estritamente fisiológica, com o fito apenas de perpetuação da espécie. Entretanto, com o desenvolver da humanidade, as relações entre os seres humanos foram se intensificando e o caráter afetivo foi tomando espaço nos vínculos travados.

Neste sentido, mesmo que os sujeitos se atraíam apenas por questões biológicas, adverte Maria Berenice Dias que “a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”¹.

Assim, tendo em vista que cabe ao direito regradar a estruturação da família, cumpre trazer à baila, *a priori*, a evolução histórica das instituições familiares.

O primeiro tipo de família de que se tem registro é a família primitiva. Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka², é no período Paleolítico Superior (300.000 a.C a 10.000 a.C) que os agrupamentos de humanos começaram a ficar mais estruturados, dando assim origem às primeiras sociedades organizadas. Explica Rodrigo Cunha Pereira que este modelo familiar “se apresentava de forma poligâmica ou monogâmica, patriarcal ou matrilinear”³. Nesta continuação, Jacques Lacan afirma que os sujeitos que participavam deste tipo de família desconheciam laços biológicos

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.37.

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.p.28.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4413-1/>>. Acesso em 21 ago. 2017. p.9.

de parentesco⁴. Para uma melhor compreensão, faz-se alusão ao que Sílvio de Salvo Venosa explica ao mencionar as relações familiares no estado primitivo:

As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que se permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e educava.⁵

Perceptível que neste modelo familiar o fito era de dar continuidade à espécie, sendo que os laços afetivos eram deixados em segundo plano, mas existiam, uma vez que a mãe se preocupava em cuidar dos seus.

Com o passar dos anos, explica Sílvio de Salvo Venosa⁶ que alguns fatores, como as guerras, a carência, além do uma inclinação natural, influenciaram o homem a se relacionar com mulheres de tribos diferentes da que habitava, o que culminou na diminuição do incesto, algo recorrente nas tribos primitivas. Deste modo, percebe-se a inclinação do homem em travar relações que têm por característica a exclusividade, dando início ao modelo monogâmico de família.

Assim, a família começou a seguir uma hierarquia patriarcal, sendo que a grande maioria vivia nos campos, além de ser extensiva no sentido de que todos os parentes a integravam e seus membros retratavam a força de trabalho na sociedade da época⁷.

Com a Revolução Industrial, o cenário da família patriarcal começa a se inverter, uma vez que a mão de obra que a época demandava fez com que a figura da mulher ingressasse no mercado de trabalho e, conseqüentemente, o homem deixasse de ser o sujeito que provia a subsistência da prole⁸. Desta maneira, a família saiu das propriedades rurais e se instalou nas cidades, convivendo em espaços relativamente menores do que aqueles que conviveram no campo, o que ensejou a aproximação dos sujeitos que compunham a família, dando lugar cada vez mais aos

⁴LACAN, Jacques. **Os Complexos Familiares**. Editora Zahar. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/jaques-lacan-os-complexos-familiarespdf.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 18.

⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.

⁶VENOSA, loc. cit.

⁷DIAS, 2017. p. 38.

⁸DIAS, loc. cit.

laços afetivos⁹ e origem ao conceito da família que privilegia as relações afetivas. Diz-se que a família passou a ter um caráter espiritual, sendo um instituto que valora a moral, a afetividade e a reciprocidade daqueles que a integram¹⁰.

Compreendida a historicidade da família e a ingerência da afetividade nas relações dos membros deste instituto, mister analisar a origem do Direito de Família e as transições que este sofreu com o tempo.

2.1.2 – Evolução do Direito de Família.

Nas palavras de Giselda Maria Hironaka “A família é a forma mais rudimentar de agrupamento social”¹¹. Assim, encontram-se indícios que na Babilônia já existiam normas jurídicas que regulavam a entidade familiar através do Código de Hamurabi¹². Hironaka traz exemplos para demonstrar a preocupação que existia à época:

“Na Babilônia, a família era a base da sociedade patriarcal, sendo retratada no Código de Hamurabi (aprox. 1700 a.C), por exemplo, que se um homem tomar uma esposa sem redigir seu contrato, a mulher não será esposa dele (parágrafo 128); se a esposa de um homem for surpreendida em flagrante com outro, ambos devem ser amarrados e jogados na água, sendo que se o marido perdoar a esposa, o rei perdoaria o amante dela (parágrafo 129);”¹³

No Direito Romano, explica Carlos Roberto Gonçalves, que ocorria o fenômeno do *pater familias*: o pai da família exercia a figura da autoridade sobre todos membros do grupo que ainda não tinham sido emancipados, podendo dispor sobre a vida e a morte destes sujeitos¹⁴.

Para além, a ideia cristã de família começou a prosperar em Roma com o reinado do Imperador Constantino, no século IV. Desta feita, questões morais foram

⁹ DIAS, 2017. p. 38.

¹⁰ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.

¹¹ PEREIRA, et al., 2016. p. 29

¹² PEREIRA et al., loc. cit.

¹³ PEREIRA et al., loc. cit.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 15.

observadas e implantadas, bem como as mulheres e os filhos passaram a ter mais autonomia¹⁵.

No período da Idade Média, o direito canônico regia as famílias, incentivando e reconhecendo apenas o casamento religioso como válido¹⁶. Este direito, que se baseava “na vontade de Deus e na vontade do monarca”¹⁷, impunha regras de conduta aos sujeitos que constituíam uma família e sanções rigorosas para quando as regras de convivência eram desrespeitadas.

No Brasil Colônia (período de 1530 a 1815), tem-se por exemplo de disposição de Direito de Família o que está contido no Alvará de 10 de Setembro de 1811, o qual criou as Juntas das Capitâneas¹⁸. Este alvará permitia a punição ou o perdão de infrações cometidas, porém vedada a expedição de perdão para casos de adultério, em que a mulher fosse levada da casa do marido; também proibia o perdão em casos de incesto, exceto se houvesse dispensa para casamento.

Na época do Brasil Império (1822, Independência do Brasil, a 1889, Proclamação da República), explica Hironaka que o Decreto de 31 de Outubro de 1831 “marcava a idade de 21 anos completos para atos da vida civil, o que fazia cessar o poder paternal sobre os filhos”¹⁹. Já o Decreto 463, de 2 de setembro de 1847, os filhos dos nobres passaram a ter os mesmos direitos hereditários que os filhos dos plebeus tinham²⁰.

Do Brasil da Primeira República (1890) até à Nova República (1985), elucida Hironaka que as leis sobre o Direito de Família se desenvolveram no sentido de garantirem direitos às pessoas, e não mais à uma casta ou gênero²¹.

Embora a sociedade tenha evoluído desde a Idade Média, o Direito Canônico continuou tendo ingerência nas sociedades que surgiram, ao passo que o Código Civil Brasileiro de 1916, que regulava as instituições familiares do século XX, baseou-se neste direito para definir impedimentos matrimoniais e as questões de invalidade²².

¹⁵ GONÇALVES, 2009. p. 15.

¹⁶ Ibid., p. 16.

¹⁷ VENOSA, 2008. p.9.

¹⁸ Brasil. **Alvará de 10 de Setembro de 1811**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/antioresa1824/alvara-39860-10-setembro-1811-570801-publicacaooriginal-93908-pe.html>>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

¹⁹ PEREIRA et al., 2016. p. 34.

²⁰ Ibid., p. 35.

²¹ PEREIRA et al., loc. cit.

²² GONÇALVES, 2009. p.16.

Neste sentido, para o direito brasileiro, a concepção do que era família pautava-se no Estado regulamentar de um casamento, que teria por consequência a união entre pais e filhos²³. Depreende-se, desta maneira, que o casamento era a única instituição que regulava a família, sendo que esta ainda seguia a ideia de um patriarcalismo e de hierarquia entre seus membros.

Ocorre que, conforme disciplina Maria Berenice Dias, “a família é uma construção cultural”²⁴ e, desta forma, vive em constante transformações, ao passo que é dificultoso para as normas abarcarem a realidade do mundo do ser das famílias. Desta forma, a realidade jurídica é sempre distante do que ocorre no mundo real.

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Assembleia Geral das Nações Unidas buscou incentivar que Estados e cidadãos promovessem direitos e liberdades para todos. Assim, trouxe em seu artigo 12 que: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”²⁵. Em seu artigo 16, parágrafo §3º, a Declaração dos Direitos Humanos determinou que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”²⁶. Percebe-se, desta maneira, a preocupação da sociedade mundial com a entidade familiar.

Desta feita, por demandar atualizações legislativas, e com incentivo das nações, vide exemplo da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, ao longo do século passado foram realizadas alterações normativas no ordenamento brasileiro, tais como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), que, dentre um de seus objetivos, deferiu à mulher a propriedade exclusiva sobre os bens que esta adquiriu através do trabalho.

Outra alteração de suma importância foi a introdução do Divórcio, com a Emenda Constitucional 9/77, a qual pôs fim à indissolubilidade do casamento, e a Lei

²³ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Direito de Família - Uma Abordagem Psicanalítica**, 4ª ed. Editora Forense, 2012. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-4413-1/>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p.3.

²⁴ DIAS, 2017. p. 37.

²⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

²⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

6.515/77, a qual retirou a expressão “desquite” e trouxe a denominação “separação judicial”²⁷.

Sob esta ótica, a Constituição Federal Brasileira de 1988 buscou adequar-se às transformações que afetaram a realidade das famílias desde o Código Civil de 1916, de maneira que suas alterações legislativas tiveram importante impacto na seara da família.

A Carta Magna prezou a dignidade e a realização da pessoa humana e, à vista disso, estabeleceu em seu artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”²⁸. Com tal disposição, o direito trouxe à baila a igualdade entre mulheres e homens, e conseqüentemente passou a proteger, de forma igualitária, todos os membros de uma família.

Maria Berenice Dias elucida as alterações que ocorreram na seara do Direito de Família:

Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdades dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.²⁹

Deduz-se, com as modificações implementadas pela Constituição Federal de 1988, que muitos dispositivos da legislação brasileira foram derogados, dentre eles o Código Civil de 1916 no que tangia às normas do direito de família.

Dessarte, o Código Civil de 2002 buscou determinar uma nova concepção de família, baseando-se no que a Carta Constitucional instituiu. Todavia, adverte Maria Berenice Dias que, como levou um longo tempo em tramitação, bem como as modificações que suportou, o dispositivo suprarreferido “já nasceu velho”³⁰.

Por fim, tem-se o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), que para Maria Berenice, o mérito de tal lei foi de ter criado um capítulo para as ações de família (artigos 693 a 699), porém não trouxe avanços muito significativos³¹.

²⁷ GONÇALVES, 2009. p. 191.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²⁹ DIAS, 2017. p. 41.

³⁰ DIAS, loc. cit.

³¹ DIAS, 2017. p. 42.

2.1.3 – Do Entendimento de Família Moderna.

Conforme já exposto, a família é uma entidade em constantes transformações. Giselda Maria Hironaka expõe que, ao dar um significado preciso sobre o que é família, o direito deixaria de abarcar uma série de fatores sociais que ocorrem dentro das entidades familiares³², isso porque é impossível codificar todas as relações que ocorrem no seio familiar. Por isso é necessário que as concepções sejam cada vez mais abrangentes.

Nessa acepção, parafraseia-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias”³³.

O que ocorria e ainda ocorre na legislação é uma tentativa de conceituar a instituição família. Assim, explana Maria Berenice Dias:

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. [...] No entanto, olvidou-se de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Igualmente, nada trouxe sobre as famílias homoafetiva, que de há muito foram inseridas no âmbito do direito das famílias por obra da jurisprudência.³⁴

Percebe-se, assim, que quanto mais tentar-se conceituar ou delimitar o que é família, pode ocorrer de muitas relações ficarem em segundo plano, não serem disciplinadas ou abarcadas pela lei, como é o caso das famílias homoafetiva acima citadas em que a Constituição Federal ainda não se posicionou precisamente.

³² PEREIRA et al., 2016. p. 54.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 6 – Direito de família**, 7ª ed. Editora Saraiva, 2017. p. 42.

³⁴ DIAS, 2017, p. 42.

Todavia, não se repudiar totalmente essa omissão da Constituição Federal em abarcar alguns modelos familiares, isso porque, como elucida Hironaka³⁵, a Carta Magna institui o Princípio da Dignidade Humana, que é um critério para as relações, sendo que tal princípio é a base para tantos outros princípios que orbitam em torno da Constituição, tais como a afetividade, tolerância, respeito, igualdade... Desta forma, a família no Brasil segue a tendência de ser cada vez mais agregadora, sendo que os membros se vinculam por laços afetivos ou consanguíneos, ou os dois.

Hironaka segue explicando que, apesar das disposições constitucionais serem tímidas, a ingerência do princípio da dignidade concorre para que outros arranjos familiares sejam implicitamente envolvidos pela Carta Magna, uma vez que tais arranjos necessitam da proteção do Estado a mesma intensidade e forma que aqueles modelos familiares que estão explícitos no texto constitucional e legislações infraconstitucionais³⁶.

Dentro desta perspectiva de conceituar a entidade familiar, a doutrina discute se o direito das famílias pertence ao ramo do direito público ou do direito privado.

A priori, urge elucidar que o direito é público quando a relação jurídica envolve o império do Estado, independentemente deste ser parte ou não da relação travada, tem-se como exemplo o direito administrativo e o direito penal, em que claramente o Estado tem ingerência nas relações³⁷. Por consequência, o direito será privado se, quando as relações jurídicas, independente do grau de intervenção do Estado, ocorrer entre sujeitos privados ou mesmo entre sujeitos privados e o Estado, no entanto não império deste último³⁸.

Assim, Maria Berenice Dias³⁹ traz que, por ser o Código Civil a lei que dispõe acerca do direito das famílias, e por tal código regular as relações dos sujeitos entre si, é possível afirmar que o direito das famílias pertence ao ramo do direito privado. Segue a mesma linha Paulo Lôbo, ao afirmar que “o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados”⁴⁰.

³⁵ PEREIRA et al., 2016. p. 56.

³⁶ Ibid., p. 58

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43

³⁸ LÔBO, loc. cit.

³⁹ DIAS, 2017. p. 43

⁴⁰ LÔBO, 2017. p. 43.

Neste sentido, Maria Berenice Dias⁴¹ e Paulo Lôbo⁴² esclarecem que o Estado busca dar proteção à família e regular as relações dos sujeitos que a compõem, desta feita, normas cogentes e de ordem pública, normas que são aplicadas independente da vontade dos sujeitos, incidem nas relações familiares. Todavia, embora exista a intervenção do Estado no âmbito familiar, tal situação não retira o caráter privativo do direito das famílias, afinal, “nada é mais privado que a vida familiar”⁴³.

2.1.4 – Princípio da Afetividade e Seus Efeitos

O Princípio da Afetividade tem notória influência no reconhecimento jurídico dos diversos tipos de famílias existentes na realidade brasileira, isso porque é a base fundamental das relações entre aqueles que compõem a entidade familiar. Assim, antes de adentrar na seara das espécies de famílias, cumpre aprofundar os estudos acerca de tão importante princípio.

Como se sabe, a família é uma instituição que vive em constante mudança. A partir da Revolução Industrial, e épocas seguintes, a família enfrentou consideráveis transformações, isso em detrimento do “povoamento das cidades, inserção da mulher no mercado de trabalho, controle de natalidade, direitos conferidos pelo Estatuto da Mulher Casada, acolhimento do divórcio da legislação brasileira”⁴⁴.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 e normas anteriores a este, a família possuía a característica patriarcal, sofrendo forte influência econômica, política, e religiosa, além de ter o viés da procriação⁴⁵. Segundo Ricardo Calderón, para o código brasileiro de 1916, a liberdade e a igualdade eram elementos formais, sendo que referida codificação preocupava-se mais com “a proteção dos direitos patrimoniais”⁴⁶.

⁴¹ DIAS, 2017. p. 43.

⁴² LÔBO, op. cit., p. 43.

⁴³ LÔBO, loc. cit.

⁴⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. Parentalidade socioafetiva e a efetividade da afetividade. In: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. 9, 2014. Belo Horizonte, MG. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias: Pluralidade e Felicidade**. Belo Horizonte, 2017. p. 311-334.

⁴⁵ CARVALHO, loc. cit.

⁴⁶ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2017. p. 42.

Neste universo de família patriarcal e proteção ao patrimônio, apenas a família constituída através do matrimônio era reconhecida pela lei, sendo outros modelos familiares excluídos, isso porque a hermenêutica que o Direito realizava era pautada pelo positivismo, de forma que impossibilitava a análise e reconhecimento de outras configurações de família⁴⁷. Neste contexto o afeto não era abordado pelo Direito.

Ocorre que, com o tempo, a sociedade passou a observar e respeitar a subjetividade de cada pessoa, de forma que o afeto começou a tomar espaço nas relações interpessoais. Entretanto, a legislação civil não acompanhou referida transformação, e criou uma lacuna entre realidade e Direito⁴⁸.

Para extinguir referida lacuna, “a Constituição Federal Brasileira de 1988 acolheu as transformações sociais e extinguiu a família patriarcal, conferindo direitos e deveres ao homem e à mulher, igualou os filhos e reconheceu outras formas de família”⁴⁹. Neste sentido, Calderón elucida que as inovações que o Texto Maior trouxe para o mundo jurídico tiveram relevância para o Direito de Família:

A Constituição tratou ainda expressamente de alguns institutos de família: adotou a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º) e entre homem e mulher (art. 226, § 5º), reconheceu a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), conferiu dignidade a outras entidades familiares (art. 226, § 4º), prescreveu o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227), declarou o respeito à liberdade (com dignidade e responsabilidade) no planejamento familiar (art. 226, § 7º), entre outros.⁵⁰

Percebe-se, portanto, que o modelo tradicional e patriarcal de família deixou o cenário brasileiro, abrindo espaço para a realidade fática na qual existe uma pluralidade de composições familiares. Segundo Calderón, este reconhecimento das outras formas de família só ocorreu em detrimento de um clamor social que não concordava mais com aquele modelo tradicional reconhecido pelo Direito como família⁵¹.

Diferentemente da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 seguiu outro caminho, isso porque o projeto do referido código foi realizado nos anos de 1970,

⁴⁷ CALDERÓN, 2017, p. 45.

⁴⁸ Ibid., p. 46.

⁴⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. Parentalidade socioafetiva e a efetividade da afetividade. In: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. 9, 2014. Belo Horizonte, MG. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias: Pluralidade e Felicidade**. Belo Horizonte, 2014. p. 311-334.

⁵⁰ CALDERÓN, op. cit., p. 51.

⁵¹ CALDERÓN, loc. cit.

embora tenha sido aprovado somente em 2002. Desta feita, por mais que tenha sido aprovado após a Constituição de 1988, este tem disposições diferentes da base principiológica que a Carta Magna preceitua. Assim, devem os civilistas realizarem uma interpretação do código civil à luz da Constituição Federal⁵².

Acerca do código civil já ter sido editado ultrapassado, vide o longo período de tempo entre a formação e aprovação deste, para o ramo do direito de família o código não contribuiu muito. Conforme Calderón, o código civilista de 2002 foi omissivo com relação a afetividade como princípio norteador do direito de família, mesmo a doutrina e jurisprudência já estarem sustentando tal princípio à época do código⁵³. Todavia, embora não tenha falado explicitamente sobre a afetividade em suas normas, Calderón assegura que o Código Civil de 2002 indica o referido princípio em algumas passagens⁵⁴, como quando abre a possibilidade de a guarda ser exercida por terceiros (art. 1.584, §5º)⁵⁵ – embora tal disposição tenha sido dada pela Lei nº 13.058, de 2014 – ou então, um dispositivo inerente ao código de 2002, o artigo 1.511⁵⁶ e a locução “comunhão plena de vida” que pressupõe o afeto.

Superada a construção histórica do princípio da afetividade na legislação brasileira, expõem-se como o afeto se encaixa nas relações familiares segundo Gustavo Tepedino:

O afeto torna-se, nessa medida, elemento definidor de situações jurídicas, ampliando-se a relação de filiação pela posse do estado de filho e flexibilizando-se, com benfazeja elasticidade, os requisitos para constituição de família.⁵⁷

⁵² CALDERÓN, 2017, p. 55.

⁵³ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁵ *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 a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.*

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 12 nov. 2017.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. In: X Congresso Brasileiro de Direito de Família. 10, 2016. Belo Horizonte, MG. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia.** Belo Horizonte, 2016. p. 11-28.

Para melhor elucidar, nas palavras de Ricardo Calderón, “a sociedade adotou o vínculo afetivo no estabelecimento das relações familiares”⁵⁸, portanto, é possível confirmar a máxima que tal princípio é alicerce da instituição família.

Neste sentido, Ricardo Calderón explica que quando a afetividade foi reconhecida como elemento basilar das famílias, ela se propagou de forma relevante, sendo possível se falar a respeito de uma função afetiva que tem como objetivo “a realização pessoal de cada membro, ao encontro da função eudemonista”⁵⁹. Sob esta ótica, mesmo as famílias tendo origem em questões “biológicas, matrimoniais ou registrares”⁶⁰, o critério afetivo está presente em todos estes vínculos. Desta forma, Calderón ainda explica que o reconhecimento da afetividade como vetor dos vínculos familiares foi uma quebra de paradigma, de forma que o direito de família teve que se adaptar às novas constituições familiares, sendo a doutrina uma das primeiras frentes “a sustentar a prevalência do afeto nos relacionamentos familiares”⁶¹

Sabe-se que o Princípio da Afetividade não está codificado de forma explícita na Carta Magna, vide não ter “qualificação explícita como princípio de direito de família”⁶², entretanto este encontra-se de maneira implícita no Texto Maior, pois está pulverizado em outros princípios.

Desta forma, Paulo Lôbo explica que o princípio da afetividade “especializa, no âmbito familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I)”⁶³, bem como “entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos”⁶⁴.

Segundo Adrian Maluf e Carlos Maluf, a afetividade é um relação que você tem com alguém que envolve carinho e cuidado⁶⁵. Para Maria Berenice Dias, “o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada uma”⁶⁶.

Nesta seara, Paulo Lôbo alerta que o princípio da afetividade não pode ser confundido com o afeto, isso porque para o direito ele tem caráter jurídico, sendo um

⁵⁸ CALDERÓN, 2017, p. 148.

⁵⁹ Ibid., p. 31.

⁶⁰ Ibid., p. 32.

⁶¹ Ibid., p. 34.

⁶² Ibid., p. 78.

⁶³ PEREIRA et al., 2016, p. 120.

⁶⁴ PEREIRA et al., loc. cit.

⁶⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

⁶⁶ DIAS, 2017, p. 59.

dever outorgado aos genitores em relação à prole, e vice-versa, “ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”⁶⁷, não se deve, portanto, fazer uma interpretação muito abrangente sobre afetividade. Explica:

Evidentemente esta compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível aos pais e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto durar a convivência.⁶⁸

Conclui-se, desta forma, que o princípio da afetividade não se restringe, tão somente, ao afeto, isso porque ultrapassa a seara de apenas nutrir sentimento de afeição por alguém de forma natural, transformando isto em um dever tanto dos pais, quanto dos filhos. Para além, transpassa a questão de afetividade somente na família a qual o sujeito faz parte, sendo necessário existir, igualmente, na relação entre as famílias existentes.

Consoante Ricardo Calderón, a jurisprudência foi fundamental para que o princípio da afetividade fosse valorado juridicamente, isso porque aplicou referido princípio em suas decisões mesmo este não tendo previsão legislativa explícita⁶⁹. Explica Calderón que o Superior Tribunal de Justiça foi fundamental para consolidar o princípio da afetividade na jurisprudência, igualmente, o Supremo Tribunal Federal baseou-se na afetividade de forma brilhante ao reconhecer, como uniões estáveis, os relacionamentos homoafetivo (STF, ADIN 4.277 DF e ADPF 132.RJ)⁷⁰.

Assim, temas importantes como a multiparentalidade (situação em que a sujeito convive com dois ou mais genitores⁷¹), a alienação parental⁷², reconhecimento de outras entidades familiares, só passaram a ser discutidos a partir do momento em que o princípio da afetividade entrou em voga, logo, é possível perceber que referido princípio tem vital importância para a compreensão da pluralidade de famílias e como o Direito deve tratá-las.

⁶⁷ PEREIRA et. al., 2016, p. 120.

⁶⁸ PEREIRA, loc. cit.

⁶⁹ CALDERÓN, 2017, p. 148.

⁷⁰ Ibid., p. 149.

⁷¹ Ibid., p. 212.

⁷² Tema tratado no capítulo 3.

2.1.5 – Das Espécies de Família

É notório para a doutrina pátria que a família dos tempos atuais não se alterou no que tange a sua formação básica, pais e filhos. Todavia, o papel e a finalidade de seus membros sofreram significativas alterações, bem como a maneira dos sujeitos se relacionarem se modificou também.

Como explanado inicialmente, o período da industrialização afetou substancialmente as composições familiares, isso porque o homem deixou de ser o único sujeito a prover o sustento do lar, posto que as mulheres passaram a integrar o mercado de trabalho.

Com tais avanços, explica Silvio Salvo Venosa que as mulheres atingiram, em algumas legislações, direitos semelhantes aos que os maridos já detinham⁷³, mas é claro, desde a época da Revolução Industrial, as mulheres têm de suportar dificuldades e resistências para conseguirem alterar as legislações e ver seus direitos equiparados aos dos homens.

Sob esta ótica, os filhos também tiveram seus papéis modificados, isso porque as crianças deixaram de trabalhar, como era comum durante a época da industrialização, e com o passar dos anos foram se inserindo cada vez mais em escolas e atividades que não fossem relacionadas ao lar⁷⁴, ao passo que hoje em dia, a Constituição Federal Brasileira de 1988 preconiza no art. 227 ser dever da família, da sociedade e do Estado, garantirem à crianças, adolescentes e jovens o direito à educação⁷⁵, concomitantemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça esta obrigação de direito à educação em seu art. 4º⁷⁶.

Nesse sentido, Silvio Salvo Venosa aponta as alterações que ocorreram:

Atualmente, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. Os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos

⁷³ VENOSA, 2016. p. 5.

⁷⁴ VENOSA, loc. cit.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁷⁶ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

lares e das corporações de ofício. A educação cabe ao Estado ou a instituições privadas por ele supervisionadas. A religião não mais é ministrada em casa e a multiplicidade de seitas e credos cristãos, desvinculados da fé originais, por vezes oportunistas, não mais permite uma definição homogênea. Também as funções de assistência a crianças, adolescentes, necessitados e idosos têm sido assumidas pelo Estado.⁷⁷

Este novo cenário em que a família está inserida resultou no surgimento de novas constituições de modelos familiares, ao passo que o legislador teve de se adequar a estes, criando leis que visam assegurar as famílias, sendo um destes avanços, por exemplo, o reconhecimento da união estável como sendo uma espécie de família pela Constituição de 1988⁷⁸. Contudo, adverte Rolf Madaleno que embora a Carta Magna tenha tentado, esta não conseguiu englobar toda a gama de modelos familiares presentes na nossa sociedade⁷⁹.

Nesta linha, as famílias plurais tomaram forma e, sendo assim, cumpre entender quais são estes modelos. Antes, porém, apresenta-se o conceito de Paulo Lôbo acerca do que é família, o qual utilizou como base o contido na Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, assim, “família é compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”⁸⁰. Maria Berenice Dias segue o mesmo racional de Paulo Lôbo ao utilizar o que a Lei Maria da Penha expressa como conceito de família. Diz Berenice que pela primeira vez a lei conseguiu englobar o perfil contemporâneo de família⁸¹

Denota-se, portanto, que o conceito de família se modificou com a vinda da Constituição Federal, nesta linha, os ideais de “pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana”⁸², ao passo que o critério da afetividade é requisito básico para conceber a família.

O primeiro modelo de família presente no ordenamento jurídico foi o da família constituída através do Casamento, a família matrimonial. Aqui, casamento é a união entre pessoas de sexos diferentes, com o intuito de constituir uma família e de

⁷⁷ VENOSA, 2016, p. 5.

⁷⁸ Ibid., p. 7.

⁷⁹ MADALENO, 2017. p. 3.

⁸⁰ LÔBO, 2017. p. 45.

⁸¹ DIAS, 2017. p. 147.

⁸² DIAS, 2017, p. 144.

satisfazer interesses personalismos e também o dos filhos⁸³. Percebe-se a influência da doutrina cristã sobre tal instituto jurídico, posto que foi a Igreja Católica quem instituiu o casamento como um sacramento indissolúvel⁸⁴.

Assim, para a família matrimonial, somente os filhos gerados na constância do casamento eram considerados filhos legítimos, sendo as crianças fruto de relacionamentos extraconjugais consideradas ilegítimas, e, portanto, preteridas do patrimônio da família⁸⁵. Nesta ótica, a mulher casada era considerada de reputação honrada e ilibada⁸⁶.

Com o tempo, a união estável foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988, determinando assim que tal instituto receberia igual proteção estatal. Desta feita, o conceito de família expandiu-se, deixando de ser reconhecida somente a família derivada do casamento e abrindo espaço para outros tipos de entidades familiares.

Entretanto, a família constituída através da União Estável foi reconhecida somente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Antes do dispositivo constitucional, tal relação afetiva era denominada como Concubinato, e desta feita, tal família era sinônimo de “família marginal”⁸⁷. O Concubinato, ou amasiamento, é a “união informal entre o homem e a mulher, que passam a viver perante a sociedade como se fossem civilmente casados, no qual se presume a existência de impedimento matrimonial”⁸⁸.

No início, a legislação não normatizava as relações extramatrimoniais, sendo que a tendência era de negar as consequências jurídicas destas relações, fato este que muitas vezes excluía direitos da concubina⁸⁹.

Antes de ser regulamentado, a passos lentos o concubinato foi se estabelecendo na sociedade e adquirindo direitos, conseguiu tal instituto codificar que se a concubina comprovasse ter contribuído economicamente para a aquisição de algum bem, ela poderia pleitear a divisão do que ajudou a adquirir no equivalente ao importe financeiro que destinou à aquisição do bem móvel ou imóvel⁹⁰, isso porque

⁸³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

⁸⁴ DIAS, op. cit., p. 148.

⁸⁵ MADALENO, 2017. p. 4.

⁸⁶ MADALENO, loc. cit.

⁸⁷ Ibid., p. 5.

⁸⁸ LISBOA, 2013. p.195.

⁸⁹ DIAS, 2017. p. 150.

⁹⁰ MADALENO, op. cit., p. 5.

“seu vínculo afetivo era equiparado a uma sociedade de fato”⁹¹. Destaca-se que a união estável era considerada uma sociedade de fato, desta feita, era regida pelo direito comercial⁹².

Nesta toada, com o princípio da dignidade da pessoa humana preconizado pela Carta Magna, o concubinato passou a ser denominado por União Estável, e a legislação criada para regulamentar estes tipos de família baseou-se nas leis que regulamentavam o casamento, assim, os direitos foram equiparados.

Outro modelo familiar presente nas sociedade contemporânea é a Família Homoafetiva. Necessário informar que ao criar normas que regulem tais relações, deve o legislador livrar-se de qualquer tipo de preconceito preconizado por morais cristãs. Tal questão não é fácil, posto a influência histórica das religiões no Brasil, todavia não se ode fechar os olhos para as relações homoafetiva sob a justificativa de que não são abarcadas pela religião. Devem prevalecer os direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana frente às teorias religiosas.

Ressalta-se que a Declaração dos Direitos Humanos, instituída pela Assembleia Geral das Nações Unidas, refuta qualquer ato que atente contra a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual as legislações buscaram se adequar para regular as relações homoafetivas.

Ocorre que, em nosso ordenamento jurídico, a Constituição protege entidade familiar como aquela constituída por homem e mulher. Igualmente, em seu artigo 1.514⁹³, o Código Civil Brasileiro institui o casamento como ato em que homem e mulher manifestam a vontade de criar um vínculo conjugal.

Perceptível que a legislação brasileira não disserta sobre as relações homoafetiva, todavia, brilhantemente explica Maria Berenice Dias que “em nada se difere a convivência homossexual da união estável heterossexual”⁹⁴.

Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse as relações homoafetiva como união estável, visto a gama de decisões judiciais. Assim, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a habilitação para casamento junto ao Registro Civil, sem ser necessário formalizar a união previamente. Neste sentido, o

⁹¹ MADALENO, loc. cit.

⁹² DIAS, op. cit., p. 150.

⁹³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁹⁴ DIAS, 2017. p. 151.

Conselho Nacional de Justiça, na Resolução 175/2013⁹⁵, proibiu qualquer ato que negue o acesso ao casamento e que não reconheça a união homoafetiva como uma união estável.

Portanto, tem-se que a base para constituir a união homoafetiva deve apresentar os requisitos de estabilidade, ostesibilidade, buscar constituir família e, principalmente, a afetividade⁹⁶.

As famílias simultâneas ou paralelas são mais um tipo de modelo familiar. Neste modelo familiar há mais de uma união estável, ou então um casamento e uma união estável. Diz-se ser família simultânea porque em muitos casos os membros sabem desta simultaneidade de relações, motivo pelo qual é descabido tratar como famílias paralelas, posto que retas paralelas não se encontram⁹⁷. O Poder Legislativo ainda não regulou este modelo familiar, fato este que obriga o Poder Judiciário à reconhecer tais vínculos em um notório ativismo judicial.

A atitude do judiciário se justifica, pois há união estável neste modelo de família, afinal é público, duradouro, contínuo e tem o condão de constituir uma família, logo, é necessário que o legislador englobe este tipo de família no código.

Há também a Família Poliafetiva. Embora parecida com a Família Simultânea no que tange as várias relações, sendo caráter comum o poliamor, a Família Poliafetiva se diferencia no caráter espacial, isso porque, neste modelo familiar, tem-se uma única entidade familiar, todos os membros convivem no mesmo espaço⁹⁸. Aqui, o número de integrantes é vasto, apesar de ter um único casamento⁹⁹. Assim, o número de relações em nada influencia a entidade, de modo que merecem igual tratamento constitucional que os demais modelos familiares já regularizados.

A Família Monoparental também é presente na sociedade brasileira. Tal família se caracteriza pela presença de um dos genitores e seus filhos menores¹⁰⁰. Este tipo de situação pode ocorrer por uma vontade pessoal, pais solos, ou por viuvez, adoção da criança por só um sujeito. Fato consolidado é que se um casal que tem filhos dissolve a união ou o casamento, não irá se tratar de uma família Monoparental, isso

⁹⁵ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁹⁶ LOBO, 2017. p. 83

⁹⁷ DIAS, 2017, p. 152.

⁹⁸ DIAS, 2017, p. 153.

⁹⁹ DIAS, loc. cit.

¹⁰⁰ LOBO, 2017. p 81.

porque os pais continuam tendo o poder familiar imputado pelo Estado à eles, sendo portanto vedado o abandono da criança por parte de um dos genitores¹⁰¹.

A Carta Magna institui descendência em primeiro grau para esta entidade familiar, portanto, não se considera, no ordenamento jurídico, como família Monoparental aquelas em que avô ou avó criam os netos, ou o tio ou tia criam sobrinhos, todavia isso não desconstitui a natureza Monoparental de tais laços afetivos.

Outra constituição de família é a Anaparental. Explicam Walsir Edson Rodrigues Junior e Renata de Almeida:

Tal família se constitui por pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco, mas cuja reunião num mesmo ambiente afetivo não ocorre por intermédio da presença de um comum ascendente. Uma típica hipótese seria a coabitação convivencial de irmãos¹⁰².

Maria Berenice Dias aponta que, mesmo as relações não sendo de conotação sexual, é possível aplicar as regras que disciplinam o casamento e a união estável, por analogia¹⁰³.

Existem também as famílias recompostas, compostas, pluriparentais ou mosaicos. Nestas existe a multiplicidade de relações, isto é, as famílias são constituídas por cônjuges ou companheiros que possuem filhos de relacionamentos anteriores, e estes vivem em conjunto¹⁰⁴.

Destaca-se que não é correto atribuir à estas famílias a natureza monoparental, afinal a nova relação conjugal dos pais não retira destes os direitos e obrigações que têm em relação aos filhos provenientes dos relacionamentos anteriores¹⁰⁵.

Por fim, existe a família Eudemonista, outro modelo familiar não abarcado pelo ordenamento brasileiro, todavia constante na sociedade. É um modelo familiar em que o sujeito busca a felicidade individual¹⁰⁶, sendo apenas recepcionado pelo parágrafo

¹⁰¹ DIAS, op. cit., p. 154.

¹⁰² ALMEIDA, Renata de, JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: Famílias**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.p. 75

¹⁰³ DIAS, op.cit., . p. 154.

¹⁰⁴ LOBO, 2017. p.86.

¹⁰⁵ DIAS, op. cit., p. 157.

¹⁰⁶ Ibid., p. 158.

§8º do artigo 226 da CF¹⁰⁷, no que concerne ao Estado assistir e proteger individualmente os sujeitos que integram a família.

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

3 DAS QUESTÕES POLÊMICAS DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NAS DISSOLUÇÕES DA SOCIEDADE CONJUGAL E UNIÃO ESTÁVEL QUE ENVOLVEM GUARDA

3.1 – DAS AÇÕES LITIGIOSAS

Tanto o divórcio quanto a dissolução da união estável devem ocorrer de modo a encontrar uma solução para os conflitos familiares, visando sempre o melhor interesse dos filhos, e não serem um meio de vingança contra o outro cônjuge ou companheiro.

Ocorre que, na maioria das lides, as partes vão munidas de sentimento vingativo para com a outra, motivo que transforma as ações penosas, principalmente para os filhos.

Dentro desta ótica, busca-se avaliar como as novas propostas do Código de Processo Civil podem influenciar para resultados mais satisfatórios das lides. Antes, contudo, é necessário compreender os conceitos de casamento, união estável, e como fica o interesse dos filhos nos casos de guarda.

3.1.1 – O Casamento

Segundo Silvio Salvo Venosa, o casamento romano influenciou o Direito Civil Brasileiro na seara das relações matrimoniais¹⁰⁸. O autor explica que as famílias romanas não se formavam somente por laços de sangue, mas igualmente por cultos¹⁰⁹. Dentro desta perspectiva, o matrimônio era considerado um laço solene, sendo que o casamento se constituía através de uma cerimônia religiosa.

Para além, com o Cristianismo, o matrimônio passou a ser considerado como sagrado. Assim, o Código Civil de 1916 determinava como entidade familiar somente aquela constituída através do matrimônio, sendo ilegítimas, portanto, outras formas

¹⁰⁸ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: volume 5 - família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24.

¹⁰⁹ VENOSA, loc. cit.

existentes de família. Tal situação ocorria, principalmente, por pressão da religião que exercia forte ingerência na sociedade da época.

Conforme explica Maria Berenice Dias, não há uma definição concreta de casamento, isso porque o legislador se isentou de criar um significado de família matrimonializada¹¹⁰. Sabe-se, contudo, que o casamento é um “estado matrimonial”, ato realizado pelos companheiros de maneira espontânea, sem coação, o qual recebe chancela do Estado¹¹¹.

Igualmente, tem-se por certo que o legislador determinou a finalidade do casamento, encontrada no artigo 1.511 do Código Civil de 2002, qual seja, o de que ele “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”¹¹², assim como estabeleceu o efeito que o matrimônio atribuiu à vida dos cônjuges, disposto no artigo 1.565 do Código Civil de 2002, o de que “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”¹¹³.

Embora não possua conceito definido, Carlos Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf entendem casamento como a “união de duas pessoas, regulamentada por lei, com o objetivo principal de formação da família, tendo em vista o afeto, a identidade pessoal e a afinidade espiritual das partes”¹¹⁴. Percebe-se, portanto, que o casamento é a celebração de uma relação jurídica entre duas pessoas que buscam constituir uma família, independente de opção sexual, o qual cria um vínculo entre os nubentes¹¹⁵, alterando o estado civil destes para casados.

Por último, cumpre salientar que o legislador não definiu a natureza jurídica do casamento. Desta feita, existem três correntes doutrinárias acerca de tal natureza: a individualista, ou contratual, a institucional e a mista ou eclética.

A primeira delas, a individualista ou contratual entende o casamento como uma celebração de contrato realizado através da livre manifestação dos nubentes com o fito de obter finalidades jurídicas. Tal corrente é criticada no sentido de que, quando um contrato é realizado, o objetivo deste é tutelar um objeto com teor econômico,

¹¹⁰ DIAS, 2017. p.162.

¹¹¹ DIAS, loc. cit.

¹¹² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 05 out. 2017.

¹¹³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 05 out. 2017.

¹¹⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família.** 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89.

¹¹⁵ DIAS, op. cit. p.164.

dentro desta ótica, explica Roberto Senise Lisboa não ser possível “contratualmente estabelecer deveres de assistência imaterial, fruto da solidariedade familiar”¹¹⁶.

A segunda corrente doutrinária, conhecida como corrente institucional, traz que o casamento são normas as quais as partes aderem¹¹⁷, isto é, o casamento não é considerado um contrato, e sim uma instituição jurídica. Explica Lisboa que tal corrente é influenciada pela Igreja, que busca não ver o casamento como um contrato, de forma a evitar formas de rescisão¹¹⁸.

Outrossim, existe a corrente doutrinária mista ou eclética, a qual mistura as duas teorias anteriores, assim, o casamento é um contrato quando formado, e uma instituição jurídica durante o seu decorrer¹¹⁹.

3.1.2 – A União Estável

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, as relações hoje denominadas como uniões estáveis não eram reconhecidas pelo ordenamento jurídico, de modo que o Código Civil de 1916, visando dar proteção às famílias matrimonializadas, não somente deixou de reconhecer as relações extraconjugais, como também as repudiava¹²⁰. Assim, tais relações eram denominadas como concubinato.

Rolf Madaleno explica que o Código Civil de 1916 proibia que o sujeito adúltero fizesse doações à pessoa com quem mantinha uma relação extramatrimonial, ao passo que, se tal doação ocorresse, a mulher com quem o sujeito foi casado possuía legitimidade para reivindicar estes bens doados ou transferidos¹²¹. Igualmente, o mesmo código proibia que a concubina fosse beneficiária de seguros¹²².

Embora o Código não reconhecesse as relações extramatrimoniais, as pessoas demandavam o judiciário em casos de rompimento dos laços provenientes da

¹¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5 : direito de família e sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

¹¹⁷ DIAS, 2017, p. 164.

¹¹⁸ LISBOA, op. cit., p. 72.

¹¹⁹ DIAS, op. cit., p. 164.

¹²⁰ Ibid., p. 253.

¹²¹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 427

¹²² MADALENO, loc. cit.

separação dos sujeitos ou do fator morte. Assim, com o tempo, o judiciário passou, timidamente, a reconhecer estes tipos de união como sociedades de fato:

Os companheiros eram considerados “sócios”, procedendo-se à divisão de “lucros”, a fim de evitar que o acervo adquirido durante a vigência da “sociedade” ficasse somente com um deles. Para ensejar a divisão dos bens adquiridos na constância da união, havia necessidade da prova da efetiva contribuição financeira de cada um na constituição do patrimônio.¹²³

Mesmo com tal reconhecimento, as uniões extraconjugais não possuíam os mesmos direitos que as uniões provenientes do casamento, todavia não deixavam de ser família, de forma que, com a Constituição de 1988, o legislador constituinte concebeu estas relações como entidades familiares, tratando-as como uniões estáveis. Todavia, embora tenham alcançado status de família, muitas foram as posições que contrariavam o que o legislador constituinte instituiu, defendendo que família era aquela formada somente entre homem e mulher através do matrimônio¹²⁴.

De toda sorte, a partir de 1988 a união estável foi reconhecida com família, e, na tentativa de compreendê-la, faz-se necessário observar alguns aspectos.

A união estável possui relação com o conceito de família, posto ser uma entidade familiar regida pelo art. 226, §3º da Constituição Federal¹²⁵. Ocorre que, conforme explica Maria Berenice Dias, o Código Civil se limitou a indicar requisitos para que se possa reconhecer uma união estável, assim, foi necessário a Lei Maria da Penha conceituar família como relação íntima de afeto para se ter noção do significado de tal entidade¹²⁶.

Desta forma, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que

Não há conceito preciso e fechado para união estável. A sua configuração está atrelada a elementos subjetivos (vontade de constituir família e relacionamento recíproco) e objetivos (convivência que perfura no tempo e em caráter contínuo). Contudo, a partir da ideia central de que é a relação amorosa, conjugal, podemos apontar como elementos que integram ou que caracterizam a união estável, a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial em comum, affectio societatis, coabitação, fidelidade, notoriedade, comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça o

¹²³ DIAS, 2017. p. 254.

¹²⁴ MADALENO, op. cit., p. 430.

¹²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 200.

¹²⁶ DIAS, op. cit., p. 257.

relacionamento parecer um casamento, ou melhor, que esteja aí caracterizado um núcleo familiar.¹²⁷

Assim, percebe-se que a relação afetiva, a convivência pública, duradoura e contínua, bem como o intuito de constituir família são preceitos que modulam as uniões estáveis.

Elucida Paulo Lôbo que “a união estável ato-fato jurídico”¹²⁸ e desta forma não irá precisar que as partes manifestem suas vontades para que tal relação tenha efeito jurídicos, o que se faz necessário é a existência da união no mundo do ser. Neste sentido, Paulo Lôbo afirma que por mais que as partes não desejem a constituição da união e os consequentes efeitos jurídicos, pode o Judiciário entender pela existência da união¹²⁹.

Por último, o mesmo autor ainda atenta para o fato que a convivência pública não enseja a determinação de que para o reconhecimento da união estável é necessário que os conviventes morem sob o mesmo teto, isso porque, no mundo real, muitas pessoas moram em casas separadas, mas mantêm um relacionamento estável¹³⁰. Por último, Paulo Lôbo explica que tal fato não prejudica o reconhecimento da união estável, pois basta que os sujeitos se comportem como se fossem casados em espaço público.

3.1.3 – O Divórcio e a Dissolução da União Estável.

Segundo Silvio Salvo Venosa, nas sociedades antigas o patriarcalismo era o sistema que vigia nas entidades familiares, por causa disso, era frequente a mulher ser inferiorizada, de forma que, em casos de separação conjugal, esta ocorria somente pela vontade do marido, que abandonava ou expulsava do lar a respectiva esposa¹³¹.

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 201.

¹²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 162.

¹²⁹ Ibid., p. 163.

¹³⁰ LÔBO, loc. cit.

¹³¹ VENOSA, 2017. p. 171.

Com o Cristianismo, o estigma à mulher desapareceu, de modo que a dissolução do casamento tornou-se mais difícil de ocorrer. Nesta perspectiva, a possibilidade de separação era conhecida como desquite, em que os cônjuges encerravam a vida em comum, sem que fosse possível, contudo, que eles constituíssem novos matrimônios¹³².

Explica Rolf Madaleno que, até meados dos anos 2000, quando os cônjuges desejavam romper os laços matrimoniais, estes deveriam pleitear a tutela jurisdicional, ocorrendo primeiro a separação judicial ou extrajudicial, e posteriormente a convalidação em divórcio¹³³. Outra possibilidade dos nubentes dissolverem o matrimônio era a de esperarem dois anos de ocorrência da separação de fato, para assim pleitearem o divórcio direto¹³⁴. Aqui, Rolf Madaleno critica que este período de separação de fato causava insegurança jurídica aos consortes.

Outrossim, a Emenda Constitucional 66/2010 acabou com este período de carência de dois anos, de forma que agora o divórcio pode ser postulado sem a necessidade da separação de fato, ou a ocorrência de separação judicial ou extrajudicial, igualmente não necessita um tempo mínimo de constância do casamento¹³⁵.

Assim, o divórcio é o único meio de dissolver todos os vínculos travados em detrimento do matrimônio. Desta forma, explica Maria Berenice Dias que “se os cônjuges não tiverem pontos de discordância nem filhos nascituros ou incapazes, podem obter o divórcio sem a intervenção judicial, perante um tabelião”¹³⁶.

Destarte, há que se falar das possibilidades de divórcio. Com o Código de Processo Civil preceituando o divórcio consensual e o contencioso, resta revogada a Lei do Divórcio¹³⁷. Neste sentido, existem duas possibilidades de divórcio, o extrajudicial, que é sempre consensual, e o judicial, dividido em consensual e litigioso¹³⁸.

Explica Rolf Madaleno que o Divórcio Extrajudicial é realizado através de escritura pública, contudo, para poder realizar tal ato, é necessário que a esposa não esteja grávida, que não possuam filhos menores de idade ou que sejam incapazes,

¹³² VENOSA, 2017, p. 171.

¹³³ MADALENO, 2017. p. 87.

¹³⁴ MADALENO, loc. cit.

¹³⁵ MADALENO, loc. cit.

¹³⁶ DIAS, 2017. p. 235.

¹³⁷ DIAS, 2017. p. 235.

¹³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, v. 6 – Direito de família**, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 562.

que os nubentes não sejam incapazes, igualmente que as artes estejam em comum acordo¹³⁹.

A modalidade do divórcio judicial consensual é aquela que, embora os cônjuges estejam em comum acordo acerca da dissolução do matrimônio, estes possuem filhos incapazes ou nascituros, de forma que a via extrajudicial é vedada, uma vez que se faz necessária a avaliação do melhor interesse do menor, que só pode ser realizada pelo judiciário. Assim, os cônjuges devem buscar o Poder Judiciário para que haja a dissolução do casamento¹⁴⁰.

No divórcio judicial litigioso, por sua vez, existe alguma controvérsia entre os cônjuges, ocorrendo tal fato por oposição de uma das partes, ou discordância no tocante às cláusulas de dissolução do matrimônio¹⁴¹, por haver objeção à forma de convivência com os filhos, a questão de alimentos, tanto para os filhos incapazes, quanto a questão dos alimentos gravídicos. Em suma, as partes estão em discrepância com alguma questão oriunda do vínculo matrimonial, assim, independentemente de haver filhos incapazes ou nascituros, o divórcio irá ocorrer através da tutela jurisdicional por causa da desavença entre os cônjuges. Neste caso, Maria Berenice Dias aduz acerca da sentença parcial, isto é, o casal pode obter o divórcio em sede liminar, entretanto os demais pedidos serão julgados ao final do processo¹⁴².

No tocante à dissolução da união estável, sabe-se que esta se funda e se extingue sem que o Estado chancele os atos. Todavia, a dissolução da união estável se assemelha ao divórcio na questão da guarda e visitas, na questão de alimentos e com relação à divisão dos bens. Neste sentido, explica Rodrigo da Cunha Pereira que:

Em algumas situações, não há interesse ou mesmo necessidade de se fazer a dissolução da união estável, seja porque não há partilha, seja por razões de ordem pessoal. No entanto, pode haver outros interesses que tornem necessária a prova da existência daquela relação apenas para surtir efeitos previdenciários, sucessórios, indenizatórios ou mudança de nome.¹⁴³

¹³⁹ MADALENO, 2017. p. 87.

¹⁴⁰ DIAS, 2017, p. 242.

¹⁴¹ MADALENO, op. cit., p. 90.

¹⁴² DIAS, op. cit., p. 243.

¹⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 241.

Dentro desta linha, a parte interessada necessita promover ação para que seja realizada a dissolução da união estável, para comprovar que a referida união aconteceu e que, portanto, possui efeitos jurídicos. Logo, referida ação é meramente declaratória. Desta feita, Maria Berenice Dias entende ser incorreto nominar esta declaração como ação de dissolução da união estável, pois para a autora, ao pleitearem tal ação, a relação das partes já está, no plano fático, diluída, ao passo que caberá ao judiciário apenas reconhecer que os companheiros conviveram em união e determinar, igualmente, o período de tempo que tal relação perdurou¹⁴⁴, para ser possível reconhecer quais efeitos jurídicos serão aplicados ao caso.

Conforme Maria Berenice ainda que a maior incidência de dissolução das uniões estáveis é através da via judicial¹⁴⁵, isso porque, como já dito, preenchidos os pressupostos que vedam a possibilidade de divórcio pela via extrajudicial, esta deve ocorrer através do judiciário, de forma que, como a união estável se equipara ao casamento em seus direitos e deveres, ocorrerá mesma vedação para esta entidade familiar. Logo, quando houver desacordo sobre partilha de bens, ou filhos incapazes, nascituros, questões que envolvem pensão alimentícia, entre outras, a dissolução da união estável deverá ocorrer através da via judicial.

Entretanto, podem as partes, quando estiverem de comum acordo e não preencherem os requisitos supracitados, optarem pela via extrajudicial de dissolução da união, utilizando o meio da escritura pública, da justificação judicial, que é uma espécie de prova para a declarar que houve uma união estável, ou ação declaratória, que simplesmente reconhece a existência da união¹⁴⁶.

Para a união estável há também a possibilidade da sentença parcial, aquela que irá apreciar a existência e dissolução da união estável em sede liminar, porém irá discutir somente ao final da demanda os outros pedidos arguidos, assim, como diz Maria Berenice Dias, “definido o período de convivência, prossegue a ação quanto aos demais pontos controvertidos”¹⁴⁷.

3.1.4 – Da Proteção aos Filhos

¹⁴⁴ DIAS, 2017. p. 278

¹⁴⁵ DIAS, loc. cit.

¹⁴⁶ PEREIRA et al., 2016. p. 241.

¹⁴⁷ DIAS, 2017, p. 279.

Denota-se que quando há filhos incapazes ou nascituros da relação, tanto a matrimonializada, quanto a união estável, a única possibilidade de encerrar completamente os vínculos jurídicos decorrentes destes convívios é através da tutela jurisdicional. Tal situação ocorre por causa da proteção aos filhos.

Como já explicado, durante a vigência do Código Civil de 1916 os interesses dos filhos não eram tidos como relevantes, ficando, portanto, em segundo plano. Tem-se como exemplo que tanto o Código Civil revogado, quanto a Lei do Divórcio, determinavam que a guarda dos filhos ficasse com o “cônjuge inocente”¹⁴⁸.

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal, o princípio da igualdade modificou o pensamento patriarcal que existia no ordenamento, ao passo que homens e mulheres passaram a serem detentores dos mesmos direitos e deveres, assim, de forma reflexa, outros sujeitos que compõem o núcleo familiar também obtiveram tratamentos igualitários, é o caso das crianças e adolescentes, bem como dos idosos.

Neste sentido, informa Maria Berenice Dias que o Estatuto da Criança e do Adolescente transformou estes indivíduos em “sujeitos de direito”¹⁴⁹. Desta forma, em casos de divórcio e dissolução da união estável, a criança é levada ao centro das discussões, “prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito”¹⁵⁰. Para melhor elucidar a questão, traz-se à baila a explicação de Rolf Madaleno:

Prevalece o princípio dos *melhores interesses da criança (the child's best interests and its own preference)*, ao considerar como critério importante para definição da guarda apurar a felicidade dos filhos, e não os de se voltar para os interesses particulares dos pais, ou para compensar algum desarranjo conjugal dos genitores e lhes outorgar a guarda como um troféu entregue ao ascendente menos culpado pela separação.¹⁵¹ (grifo do autor)

Ora, se o preceito principal da Carta Magna é o de promoção da dignidade humana, justificável que quando houver conflitos entres os pais, que o melhor interesse do menor seja o principal ponto de discussão, para que desta forma a

¹⁴⁸ DIAS, 2017, p. 544.

¹⁴⁹ DIAS, loc. cit.

¹⁵⁰ LÔBO, 2017. p. 184

¹⁵¹ MADALENO, 2017. p. 105.

convivência com os genitores não reste prejudicada, afinal, como disciplina Paulo Nader, independente do “satus familiae”, os pais devem assistir seus filhos mesmo não havendo mais relação jurídica entre os cônjuges¹⁵².

Insta destacar que ao prestigiar o interesse da criança, não significa dizer que ela terá de escolher com qual dos genitores prefere morar, mas sim deverá a criança conviver com a mãe e com o pai de forma simultânea¹⁵³, afinal, determinar que a criança tome decisão de tamanha importância pode acarretar numa carga emocional negativa, desta forma, cabe ao magistrado ouvir a criança sem, contudo, obrigá-la a fazer escolhas.

3.1.5 – Do Poder Familiar

Na seara do princípio do melhor interesse da criança e da proteção aos filhos é imperioso compreender o Poder Familiar.

O poder familiar é oriundo do pátrio poder. Como já se sabe, o Código Civil de 1916 trabalhava com a família patriarcal, na qual somente ao pai era concedida a prerrogativa de tutelar os filhos, que à época ainda não eram considerados sujeitos de direito.

Neste sentido, o pai era o chefe da família, e a mãe só exercia o pátrio poder dos filhos quando o pai faltava. Tal era o machismo existente no código que se uma viúva se casasse pela segunda vez, “esta perdia o pátrio poder em relação aos filhos, independentemente da idade dos mesmos”¹⁵⁴, sendo somente possível a esta viúva retomar o pátrio poder quando se tornasse viúva outra vez.

Com o passar dos anos, as mulheres, propulsionadas principalmente pelos movimentos feministas, foram conquistando direitos, ainda que tímidos. Assim, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) alterou o Código Civil de 1916 e concedeu o pátrio poder para ambos os genitores, todavia, não em absoluto, isto é, o pai exercia o pátrio poder e a mãe colaborava no que fosse pertinente, de tal forma que quando

¹⁵² NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 256.

¹⁵³ LÓBO, 2017, p. 184.

¹⁵⁴ DIAS, 2017. p. 486.

houvesse discordância entre pai e mãe com relação as atitudes a serem tomadas sobre o futuro da prole, a mulher tinha que pleitear a tutela jurisdicional para solucionar a lide.

Através da Constituição Federal de 1988, como já explanado, homens e mulheres passaram a ter tratamento isonômico, de forma que o pátrio poder começou a ser exercido de igual maneira por ambos os genitores. Nesta toada, as crianças e adolescentes deixaram de ser considerados objetos para serem entendidos e respeitados como sujeitos de direito.

De igual forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/1990) promoveu a alteração do pátrio poder no sentido deste deixar de ser uma denominação, para passar a ser um sinônimo de proteção¹⁵⁵.

Insta destacar que toda esta revisão no código e na maneira de tratamento dos pais com os filhos ocorreu em detrimento da ideia de que o ambiente familiar deve propagar o afeto entre aquele que compõem a família, de forma que cada ente auxilie o outro no desenvolver de sua personalidade¹⁵⁶.

Segundo Maria Berenice Dias, a doutrina não simpatizou com a expressão “poder familiar”, posto não ser um poder, mas sim um dever dos pais zelar pelos filhos¹⁵⁷. Explanam Renata de Almeida e Walsir Rodrigues que a expressão “poder” abre margem para um entendimento por parte dos pais no sentido que estes são livres para imporem medidas arbitrárias divergentes do interesse dos filhos¹⁵⁸, de forma que as crianças ficariam “em um estado de sujeição”¹⁵⁹ em relação aos pais. Assim, aconselha a doutrina adotar a expressão “autoridade parental” ou até mesmo “responsabilidade parental”¹⁶⁰.

De toda sorte, como explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, antes de pensar no amoldamento da expressão, mais interessante seria a compreensão dos genitores acerca do que a imagem destes representa para os filhos no campo “jurídico, moral e espiritual”¹⁶¹, bem como estes devem exercer a sua autoridade perante os filhos.

¹⁵⁵ DIAS, 2017 , p. 487.

¹⁵⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 448.

¹⁵⁷ DIAS, op. cit., p. 487.

¹⁵⁸ ALMEIDA; JÚNIOR, op. cit., p. 448.

¹⁵⁹ Ibid., p. 448.

¹⁶⁰ DIAS, 2017. p. 487.

¹⁶¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017. p. 599.

Neste sentido, Sílvio Salvo Venosa elucida esta relação de poder do referido instituto:

O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.¹⁶²

Flávio Tartuce, por sua vez, entende o instituto Poder Familiar como: “poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”¹⁶³.

Conclui-se, portanto, o poder familiar como uma série de prerrogativas imputadas aos genitores para que estes criem e protejam os filhos menores ou incapazes¹⁶⁴ nos moldes do que a Constituição Federal, Código Civil e ECA preceituam. Ressalta-se que estas prerrogativas imputadas aos genitores não se manifestam somente com o nascimento da criança, mas sim com o registro civil desta¹⁶⁵. Além, há que se frisar que os genitores têm poder de decidir sobre os filhos e bens das crianças de forma isonômica, ao passo que se houver alguma discordância, podem os pais pleitearem o judiciário para decisão dos atritos¹⁶⁶.

Dentro desta perspectiva do poder familiar, Maria Berenice Dias explica suas características:

O poder familiar é **irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível**. Decorre tanto da **paternidade natural** como da **filiação legal** e da **socioafetiva**. As obrigações que dele fluem são **personalíssimas**. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.¹⁶⁷ (grifos da autora).

¹⁶² VENOSA, 2017. p. 345

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 506.

¹⁶⁴ RAMOS, Patricia Pimentel de Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43.

¹⁶⁵ Ibid., p. 46.

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – vol. 5: Direito de Família**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 601 e 602.

¹⁶⁷ DIAS, 2017. 488.

Por último, ressalta-se, em breves linhas, que este Poder Familiar pode ser suspenso ou extinto. Maria Helena Diniz explica que o Estado tem a prerrogativa de controlar se os genitores estão exercendo este poder-dever de acordo com as normativas pelo próprio Estado deliberadas¹⁶⁸. Assim, em casos de um dos pais, ou ambos, não estarem exercendo este Poder Familiar da forma que o Estado entende ser correto, este poderá suspender ou extinguir este poder¹⁶⁹, isso ocorre porque, para o Estado, o objetivo é manter preservada integridade física e psicológicas dos menores e incapazes¹⁷⁰.

Estabelecido o poder familiar, passa-se a estudar o instituto da guarda.

3.2 – DA GUARDA

Segundo extrai-se dos ensinamentos de Carlos Maluf e Adriana Maluf, a guarda é um dever-direito dos pais de zelarem pelos filhos menores de 18 anos, ou incapazes, sendo os genitores, portanto, responsáveis por educar e proteger os filhos, provendo alimentação, vestuário, moradia, estudos, lazer e tudo mais que as crianças necessitarem, exercendo este direito-dever tanto durante a vigência do casamento ou a união estável, quanto nos casos destes já terem sido desconstituídos¹⁷¹.

A guarda, em verdade, é um instituto dos genitores de manterem a prole sobre o poder familiar¹⁷². Neste segmento, quando há a separação dos genitores, passa-se a discutir a guarda propriamente dita, bem como o direito de convivência dos filhos com os pais, isso porque, conforme aduz Euclides de Oliveira, “o casal se divorcia, mas os filhos não se divorciam nem do pai nem da mãe”¹⁷³. Desta forma, embora a convivência entre os pais tenha cessado, o poder familiar não encerra, isto é, ambos os pais continuarão a exercer o poder familiar em igual forma.

¹⁶⁸ DINIZ, 2012. p. 612.

¹⁶⁹ DIAS, op. cit., p. 496.

¹⁷⁰ DIAS, loc. cit.

¹⁷¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 619.

¹⁷² MADALENO, 2017. p. 107.

¹⁷³ PEREIRA et al., 2016, p. 332.

Trazendo uma visão crítica, Paulo Lôbo explica que a expressão “guarda” não se faz correta, pois traz a ideia de um poder sobre a criança¹⁷⁴, todavia a convivência entre filhos e genitores não é o exercício de um poder, mas sim de um direito dos pais, e principalmente dos filhos.

Para melhor elucidar o instituto da guarda, colacionam-se as palavras de Rolf Madaleno:

Em regra, a guarda é atributo do poder familiar, embora não seja de sua essência, pois existem guardiões sem o poder parental, como sucede, por exemplo, na tutela e com as famílias reconstituídas, nas quais o novo parceiro do guardião ascendente não exerce o poder familiar, embora exerça a guarda indireta dos filhos de seu companheiro. Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente em uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor.¹⁷⁵

Explica Maria Berenice Dias que o critério para definir a residência das crianças leva em conta a vontade dos próprios genitores¹⁷⁶, ademais, pode a guarda da criança ser deferida à um terceiro, que de preferência seja membro da família e que tenha afetividade e afinidade com as crianças e com os pais¹⁷⁷.

Para além, os pais têm liberdade para acordarem sobre como será a visitação daquele não obtém guarda, porém Maria Berenice adverte que, ao ouvir a vontade dos pais, é necessário levar em conta que estes estão num estado frágil emocionalmente, bem como que em algumas vezes podem estes pais se utilizarem dos filhos como meio de vingança pelas atribulações que suportaram durante a constância do casamento ou da união estável¹⁷⁸. Nestes casos, cabe ao juiz demonstrar aos pais as vantagens existentes na guarda compartilhada¹⁷⁹.

Vale destacar que a definição da guarda não faz coisa julgada material, assim, quando for compatível com o melhor interesse da criança, poderá a guarda ser

¹⁷⁴ LÔBO, 2017, p. 185.

¹⁷⁵ MADALENO, op. cit., p. 106.

¹⁷⁶ DIAS, 2017. p. 547.

¹⁷⁷ DIAS, loc. cit., p. 547.

¹⁷⁸ DIAS, 2017. p. 547.

¹⁷⁹ DIAS, loc. cit.

modificada¹⁸⁰ tanto em relação aos genitores, quanto em relação ao tipo de guarda vivenciado.

À vista disso, para compreender melhor como as novas disposições do Código de Processo Civil de 2015 poderão influenciar de maneira positiva neste tema tão delicado que é a questão da guarda, urge compreender os tipos existentes no ordenamento brasileiro.

3.2.1 –Tipos de Guarda

Existem quatro tipos de guarda: a unilateral (ou exclusiva), a compartilhada, a alternada e a nidal, todavia, o ordenamento jurídico brasileiro trabalha apenas com as três primeiras hipóteses¹⁸¹.

Antes da Lei 13.058/2014, a guarda unilateral era a regra definida pelo direito. Na época em que este tipo de guarda imperava, o juiz atribuía esta ao genitor com as melhores condições quando os pais não tivessem chegado a um acordo, podendo também determinar a guarda à um terceiro quando fosse necessária esta substituição¹⁸². Assim, o genitor desincumbido da guarda realizava acompanhamento periódico, que ocorria em finais de semanas, feriados e férias¹⁸³.

Com as mudanças trazidas pela Lei 13.058/2014¹⁸⁴, que alterou alguns artigos do Código Civil de 2002, a guarda unilateral continuou sendo aplicada, todavia deixou de ser a regra, uma vez que a legislação preza pela determinação da guarda compartilhada.

A guarda unilateral é definida pelo sistema normativo como aquela exercida por apenas um dos genitores, ou terceiros quando os pais não conseguem exercê-la. Assim, cabe ao pai que não detém a guarda unilateral apenas visitar a criança e fiscalizar se esta está sendo bem cuidada.

¹⁸⁰ MADALENO, 2017. p. 109.

¹⁸¹ MALUF, 2016. p. 620.

¹⁸² PEREIRA et al., 2016, p. 333.

¹⁸³ PEREIRA et al., loc cit.

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

Euclides de Oliveira explica como funciona a determinação da guarda unilateral:

Sua atribuição pode decorrer de acordo entre o pai e a mãe, submetendo-se à homologação judicial. Se não houver acordo, será definido pelo juiz com a entrega do filho ao genitor que revele melhores condições ao exercício da guarda, como tal se compreendendo aquele que propicie a preservação das relações de afeto, amparo à saúde, segurança e educação (dados estes que constavam no texto da Lei 11.698, de 2011 e que vieram a ser revogados, sem razão plausível, pela Lei n. 13.058, de 2014). Não importa o grau de fortuna ou a melhor condição material do genitor, e sim o seu bom relacionamento e a capacidade de bem formar o filho que esteja sob a sua custódia.¹⁸⁵

Portanto, a guarda unilateral será definida observando as necessidades da criança. Poderá ser definida à um terceiro quando os pais não puderem exercê-la por questões morais e psicológicas, bem como será definida quando um dos pais não quiser a guarda da prole¹⁸⁶. Se for o caso do filho ser reconhecido por apenas um dos genitores, por óbvio que a guarda será exercida por este que reconheceu a criança. Neste sentido, com o registro de somente um dos pais, este irá exercer a guarda unilateral, “constituindo uma família monoparental”¹⁸⁷.

A grande mudança trazida pela Lei 13.058/2014, em verdade, foi a destituição da guarda unilateral como regra, afinal, como é possível perceber, o conceito desta modalidade de guarda continuou o mesmo.

A doutrina critica este modelo de guarda, pois entende que limita a relação da criança com o genitor que apenas a visita. Nesta ótica, explica Euclides de Oliveira:

A inadequação do regime de guarda unilateral como regra, que se praticava mesmo quando um e outro dos genitores tivesse igual capacidade pra dar ao filho bons cuidados, levou à sua modificação pelas leis acima enumeradas, de modo a tornar mais amplo, útil e eficaz o exercício do poder familiar em conjunto.¹⁸⁸

¹⁸⁵ PEREIRA et al., 2016. p. 334.

¹⁸⁶ LÔBO, 2017. p. 193

¹⁸⁷ DIAS, 2017. p. 549.

¹⁸⁸ PEREIRA, et al., 2016. p. 334.

Esta limitação foi o motivo propulsor de modificar o sistema normativo e estabelecer a guarda compartilhada como regra.

Outro modelo de guarda existente no ordenamento jurídico é a guarda alternada. Neste tipo de guarda a criança fica um período de tempo com um dos genitores, e outro igual período de tempo com o outro genitor, isto é, alternadamente a criança ficará com os genitores¹⁸⁹, sendo a divisão do tempo exatamente igual – um dia com um, outro dia com outro; uma semana com um, outra semana com outro¹⁹⁰ – sendo que o genitor que está exercendo a guarda a faz com exclusividade.

Não se pode confundir a guarda alternada com a compartilhada, isso porque, conforme será visto, a guarda compartilhada é relativa à decisão e aplicação dos direitos e deveres da criança de forma comum entre ambos os pais, já a guarda alternada fica restrita à “alternância de guarda física”¹⁹¹ e períodos de tempo que a criança ficará com os genitores.

A guarda alternada é criticada pela doutrina, afinal pode ser uma guarda interessante para os pais, porém nem sempre vai de encontro com os anseios dos filhos. Neste sentido, explicam Adriana Maluf e Carlos Maluf que este modelo gera uma “confusão operacional na vida da criança”¹⁹², pois esta é obrigada a mudar de domicílio conforme a rotina dos pais.

O modelo de guarda nidal, por sua vez, é aquele em que os filhos permanecem na mesma residência, enquanto os pais habitam esta por tempo distinto. Em suma, quando a mãe está na casa, o pai sai, e vice-versa.

Esta modalidade de guarda não é alcançada pelo ordenamento brasileiro, entretanto não é vedada¹⁹³. Neste sentido, a guarda nidal é possível para os pais que possuem interesse e têm estrutura de exercer tal estrutura de convivência.

Conforme explica Euclides de Oliveira, esta modalidade de guarda não é fácil de ser exercida, de maneira que poucos países a aplicam, dentre eles os Estados

¹⁸⁹ VELLY, Ana Maria Frota. Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Junho de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 340.

¹⁹¹ VELLY, Ana Maria Frota. Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Junho de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁹² DABUS MALUF; FREITAS DABUS MALUF, 2016. p. 626.

¹⁹³ PEREIRA, et al., 2016. p. 341.

Unidos¹⁹⁴. Salienda-se que a guarda nidal não é imposta pelos magistrados, mas sim depende de acordo entre os genitores¹⁹⁵.

Euclides de Oliveira explica:

As vantagens da guarda nidal residem no fato de haver o respeito aos direitos e superiores interesses do filho, uma vez que permanecerá sempre no mesmo ambiente doméstico, com seu conforto caseiro, sem precisar de mudanças periódicas para este ou aquele ponto de residência dos pais. Contudo, há dificuldades e desvantagens decorrentes de fatores vários, em especial por obrigar o pai que detenha a guarda física a sair de sua própria casa para permitir a entrada e a permanência do outro genitor. Imagine-se, também, a hipótese de guardião que mantenha outro casamento e/ou tenha filhos de outra união, quando ainda mais difícil será a permissão da morada provisória do outro pai.¹⁹⁶

Assim, o doutrinador acima referido diz que uma alternativa à esta guarda nidal seria não a permanência da criança na casa com a alternância dos pais, mas sim a criança indo à moradia dos genitores, que deveriam ser próximas, para assim facilitar a deslocação da prole¹⁹⁷.

Por último existe a guarda compartilhada. Referido modelo tem como preceito “um compartilhamento de responsabilidades entre os genitores, mediante participação na guarda dos filhos e o cumprimento conjunto do poder familiar”¹⁹⁸.

Com o advento da Lei 13.058/2014 esta modalidade de guarda tornou-se a regra, sendo explicada e incentivada pelos juízes. Referida lei impõem que mesmo que o pais não entrem em consenso com relação à guarda, se ambos são capazes de exercer o poder familiar, o modelo de guarda determinado pelo magistrado será o compartilhado.

Dentro desta ótica, cabe ao togado definir o período que a prole ficará com cada um dos genitores, sendo permitido ao juiz utilizar da ajuda de profissionais especializados ou equipe interdisciplinar para chegar à conclusão de como estabelecer o período de convivência entre pais e filhos¹⁹⁹.

¹⁹⁴ PEREIRA et al., 2016, p. 341.

¹⁹⁵ PEREIRA et al., loc. cit.

¹⁹⁶ PEREIRA et al., loc. cit.

¹⁹⁷ PEREIRA et al., loc. cit.

¹⁹⁸ Ibid., p. 335.

¹⁹⁹ ANDRADE, Renato Faloni de. Guarda compartilhada: a distância não importa ao afeto e à responsabilidade. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Data de publicação: 18/08/2016. Disponível em: <

Maria Berenice Dias sustenta que a guarda compartilhada é a única hipótese capaz de efetivar um vínculo mais forte entre pais e filhos, afinal este modelo permite que ambos os genitores tenham uma participação mais efetiva na vida das crianças, o que não é possível de ocorrer na guarda unilateral e o sistema de visitas²⁰⁰, e, em detrimento desta participação mais intensa de ambos os pais na vida dos filhos, que o ordenamento civil optou por tornar a guarda compartilhada a regra e a unilateral a exceção.

Em contraponto, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona criticam a imposição da guarda compartilhada. Embora este modelo seja o mecanismo mais efetivo para a realização do poder familiar, referidos doutrinadores entendem ser perigosa a imposição desta modalidade de guarda em casos que os pais não estejam de acordo, pois acreditam que os atritos entre os genitores possam abalar profundamente a integridade da prole²⁰¹.

Nesta toada, urge trazer à baila as vantagens e desvantagens desta guarda conjunta.

3.2.2 – Guarda Compartilhada – Vantagens e Desvantagens

Uma significativa vantagem da guarda compartilhada, como já aferido, é o fato de que ambos os genitores possuem participação intensa na vida dos filhos.

Quando se estabelece a guarda unilateral, o genitor a qual a guarda não foi concedida fica restrito a ter contato com os filhos através de visitas. Destaca-se que ele não perde o poder familiar, todavia este se torna mais restrito.

Diferentemente, na guarda compartilhada, ambos os genitores são capazes de exercer o poder familiar sem quaisquer restrições²⁰². Explica Paula Magalhães da

<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1141/Guarda+compartilhada%3A+a+dist%C3%A2ncia+n%C3%A3o+i+porta+ao+afeto+e+%C3%A0+responsabilidade>. Acesso em: 30 out. 2017.

²⁰⁰ DIAS, 2017, p. 335.

²⁰¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017. p. 615.

²⁰² SILVA, Paula Magalhães da. A Guarda Compartilhada. In: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004. Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/713/IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

Silva que o genitor que não possui a guarda não será um “visitante”, mas sim participará mais da vida dos rebentos²⁰³.

Neste sentido, denota-se que o atual modelo de guarda, considerado como regra pelo ordenamento jurídico, oportuniza que os pais atuem de forma igualitária no tocante às “funções formativas e educativas dos filhos”²⁰⁴.

Outra vantagem da guarda conjunta está o campo da psique das crianças. Segundo a psicóloga Sandra Aquino “a quebra do vínculo afetivo causado por uma separação poderá acarretar na frustração e/ou traumas na formação da estrutura da personalidade do menor”²⁰⁵, assim, referido modelo de guarda não ocasiona, em tese, tantos sofrimentos psicológicos que o modelo da guarda unilateral pode desencadear.

Nesta acepção psicológica, a criança deixa de sofrer com a escolha de com qual dos pais irá ficar, afinal, ambos estarão presentes de forma igualitária da vida do rebento. Complementa Ana Silveira Akel:

A certeza de que os vínculos com os pais serão mantidos, ainda que estes não mais compartilhem o mesmo lar, é de suma importância para que os filhos percebam que ainda há lugar para eles na vida do pai e da mãe, mesmo após o divórcio, eliminando o medo de perder os pais.²⁰⁶

Porém, se por um lado a guarda compartilhada é incentivada pelos magistrados justamente pelas vantagens acima expostas, há que salientar um ponto delicado deste modelo.

Conforme preceitua a lei, mesmo se os pais não tiverem chegado a um acordo com relação a guarda, os juízes devem estipular a guarda conjunta. Neste sentido, foi apresentado no tópico anterior o receio de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplina quando a relação dos pais é instável. Alerta Ana Silveira Akel que as constantes discussões

²⁰³ SILVA, Paula Magalhães da. A Guarda Compartilhada. In: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004. Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/713/IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

²⁰⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107.

²⁰⁵ AQUINO, Sandra apud SILVA, Paula Magalhães da. A Guarda Compartilhada. In: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004. Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/713/IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

²⁰⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 109.

dos genitores afetam o desenvolvimento da criança²⁰⁷. Denota-se que, ao presenciar constantemente brigas entre os pais, a criança poderá sofrer profundos abalos.

Dessa maneira, para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, se o magistrado optar pela guarda compartilhada mesmo com os pais não agindo de forma amigável, deve aquele impor acompanhamento interdisciplinar para averiguação do comportamento da criança, ou, em último caso, se extremamente impossível a convivência entre os pais, não optar pela guarda compartilhada²⁰⁸, para assim a criança não vivenciar o clima de guerra entre os genitores²⁰⁹.

O problema central é que dentro deste cenário conturbado de conflitos entre os genitores, alguns pais podem alienar os filhos, nutrindo nas crianças “sentimentos de ódio e repúdio ao outro genitor”²¹⁰.

Esta situação o direito visa evitar, vide a Lei 13.105/2015 determinando, em seu art. 699, que o depoimento do menor seja colhido na presença de psicólogos ou outros profissionais competentes quando evidenciado a prática da alienação parental. Neste sentido, cumpre estudar a síndrome da alienação parental.

3.2.3 – Alienação Parental

A lei que versa sobre Alienação Parental é a nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Em seu artigo segundo encontramos a definição do que seria esta prática de alienação:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.²¹¹

²⁰⁷ AKEL, 2010, p. 110.

²⁰⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017. p. 615.

²⁰⁹ VELLY, Ana Maria Frota. Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Junho de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

²¹⁰ PEREIRA, et. al, 2016. p. 284.

²¹¹ BRASIL. **Lei n. 12.218, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017.

O parágrafo primeiro do artigo supracitado elenca atitudes que podem ser consideradas como ato de alienação parental, porém o rol do parágrafo não é taxativo, mas sim exemplificativo, portanto, mais importante que observar os exemplos que a lei demonstra, é compreender o que é e como ocorre este fenômeno da alienação.

Do artigo é possível extrair que o ato de alienar é interferir na formação psicológica da criança. Possível entender, portanto, que a alienação parental ocorre quando um dos genitores incute nos filhos sentimentos que instigam a criança à repudiar o outro genitor. Segundo Euclides Oliveira, o propósito do alienador é afastar a criança da pessoa alvo desta alienação²¹².

Nesta ordem, a alienação é reconhecida também como implantação de falsas memórias, isso porque o ato não se resume tão somente à criticar o outro genitor da criança com constância, mas também pode o alienador implantar estas falsas memórias nos filhos, induzindo-os à crerem que ocorre “abandono afetivo, prática de agressões ou mesmo abusos sexuais, e outros desvios de conduta que lhes prejudicam o relacionamento com o pai excluído”²¹³.

Numa analogia, o alienador manipula o psicológico e os sentimentos da criança de uma forma, que esta passa a ser seu “fantoche”. Como Maria Berenice Dias acertadamente aponta, o pai ou a mãe que alienam o filho fazem uma espécie de “lavagem cerebral” ao narrarem de forma maliciosa “fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme o descrito pelo alienador”²¹⁴.

A maior incidência desta alienação parental é encontrada em situações de divórcio, dissolução da união estável ou rompimento do relacionamento afetivo, entretanto não ocorre somente nestes casos, sendo presenciada a alienação em relacionamentos que os genitores ainda convivem juntos²¹⁵. Outrossim, não somente os pais são os sujeitos ativos da alienação parental, mas também avós, tios, parentes ou outras pessoas que participam da esfera afetiva das crianças e que pretendem distanciá-las do convívio com o ente alienado²¹⁶.

²¹² PEREIRA, et. al, 2016. p. 284.

²¹³ PEREIRA et al., loc. cit.

²¹⁴ DIAS, 2017. p. 573.

²¹⁵ DIAS, 2017, p. 574.

²¹⁶ DABUS MALUF; FREITAS DABUS MALUF; 2016. p. 642.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi descoberta pelo psiquiatra norte americano Richard A. Gardner, o qual observou que quando o vínculo afetivo dos pais se encerrava, os filhos se sentiam angustiados, rejeitados, traídos, entre outros sentimentos²¹⁷. Ao aprofundar a pesquisa, o psicólogo descobriu que estes sentimentos eram gerados em detrimento da conduta ardilosa de um dos genitores que buscava, justamente, afastar a criança do outro genitores e, conseqüentemente, atingir este durante o litígio²¹⁸.

Neste sentido, tanto o genitor que detém a guarda quanto o genitor que não à detém podem se enquadrar como sujeitos ativos desta alienação²¹⁹. Contudo, independentemente de por quem praticado, o ato de alienação é entendido como uma negligência praticada contra o filho²²⁰, “um flagrante desrespeito ao melhor interesse da criança, uma periclitacão de sua higidez psíquica”²²¹.

Euclides de Oliveira clarifica que raramente se presencia alienação parental em separações amigáveis, afinal nestes casos há um clima amistoso entre os pais, respeito e constantes diálogos²²². Entretanto o autor denuncia que este clima amistoso pode se inverter por qualquer motivo, como, por exemplo, influências de novos companheiros que os genitores venham a se relacionar. Por conseguinte, a máxima de que a alienação parental só ocorre quando os pais não se toleram, não é verdadeira.

A alienação pode ser apresentar em três níveis: leve, médio e severo²²³, sendo que ela inicia sutilmente e vai crescendo. No grau médio, o filho ainda trava uma boa relação com o genitor não alienador, contudo, conforme esta alienação vai ficando mais corriqueira e ardilosa, a criança começa a desenvolver uma repulsa pelo pai ou pela mãe alienados, deixando claro a sua vontade de se afastar destes e a preferência por aquele que pratica a alienação. Assim, para que esta alienação não passe para o grau severo, é de suma importância que o judiciário interfira e, se necessário, modifique o modelo de guarda praticado²²⁴.

²¹⁷ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017. p. 239.

²¹⁸ CALDERÓN, loc. cit.

²¹⁹ DABUS MALUF; FREITAS DABUS MALUF, op. cit., p. 645.

²²⁰ DABUS MALUF; FREITAS DABUS MALUF, loc. cit.

²²¹ DABUS MALUF; FREITAS DABUS MALUF, loc. cit.

²²² PEREIRA, et. al, 2016. p. 287.

²²³ MADALENO, 2017. p. 465.

²²⁴ Ibid., p. 466.

Esta intervenção judicial se faz necessária porque a criança que é alienada pode desenvolver distúrbios psicológicos como ansiedade, comportamento hostil, uso de álcool e drogas, depressão, entre outras atitudes, podendo até mesmo ter tendências suicidas^{225 226}.

Nesta continuação, o genitor ou o parente que for alienado pode instaurar ação para apurar se é o caso de alienação parental²²⁷. Igualmente o magistrado pode agir de ofício²²⁸. Em ambos os casos, o Ministério Público é sujeito legítimo para figurar na demanda²²⁹.

Quando o Poder Judiciário se vê diante desta situação, deve o togado imediatamente “decretar medidas provisórias ou de urgência, em virtude da gravidade dos fatos, no sentido de preservar a integridade psicológica da criança e o direito de convivência ao outro genitor”²³⁰, conquanto existe o impasse de que se a denúncia da alienação for falsa, a criança poderá passar por uma situação traumática desnecessariamente²³¹.

Nesta ótica, como o Estado assegura a proteção integral à criança, embora haja a probabilidade da denúncia ser falsa, frequentemente os juízes reverterem a guarda ou suspendem as visitas dos genitores²³².

O problema verificado nestas ações que discutem se houve alienação parental ou não é que, se constatado que houve alienação, “a vítima sofre consequências devastadoras”²³³. Por outro lado, se aferido que as acusações não são verdadeiras, a vítima sofre igualmente, e num futuro poderá se culpar por achar que foi cúmplice de um ato extremamente injusto²³⁴.

Por se tratar de uma questão extremamente delicada, urge que o direito utilize de todas as medidas para amenizar o sofrimento que as crianças alienadas sofrem,

²²⁵ DABUS MALUF; FREITAS DABUS MALUF, 2016. p. 644.

²²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alienação Parental: uma inversão da relação sujeito objeto. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 26 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1222/Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental%3A+uma+invers%C3%A3o+da+rela%C3%A7%C3%A3o+sujeito+objeto>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

²²⁷ LÔBO, 2017. p. 200.

²²⁸ DIAS, 2017. p. 576.

²²⁹ DIAS, loc. cit.

²³⁰ LÔBO, op. cit., p. 200

²³¹ DIAS, op. cit., p. 575.

²³² Ibid., p. 575.

²³³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 200.

²³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 575.

²³⁴ Ibid., Maria Berenice Dias, p. 575.

afinal esta manipulação de fatos tem consequências devastadoras para o desenvolvimento do párvulo, logo, percebe-se a tentativa do Código de Processo Civil de 2015 de tornar o processo menos doloroso e mais efetivo quando impõem o auxílio de especialistas na tomada do depoimento do menor.

4. CAPÍTULO III – DOS ASPECTOS PROCESSUAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA TRAZIDOS PELA LEI 13.105/2015

4.1 – DAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Segundo entendimento majoritário na doutrina brasileira, o Código de Processo Civil de 1973 não deu a devida atenção às ações de família, uma vez que possuía poucas regras que abordavam as lides familiares, além destas normas terem sido disciplinadas de forma espalhada pelo código.

Conforme explica Fernanda Tartuce, não existia uma “estrutura normativa para abordar as demandas familiares, deixando diversos temas de contar com previsões específicas”²³⁵.

Assim, buscando atender o clamor da comunidade jurídica acerca da necessidade de normas mais robustas e específicas sobre as ações de família, o Código de Processo Civil de 2015 estipulou um capítulo para reger estas demandas.

Embora o novo regramento processual cível não tenha sido eficaz na questão de efetivar a agilidade aos litígios de família²³⁶, e apesar do capítulo que trata destas demandas possuir artigos exíguos, há que se falar que o novo código possui

²³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p.940.

²³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 78.

abordagens que modificam a trama processual nas ações de família e terão significativo impacto sobre estas²³⁷.

Feitas estas considerações iniciais, passa-se a analisar algumas das propostas do Código de Processo Civil de 2015 para dirimir os conflitos familiares.

4.1.1 – Do Incentivo aos Magistrados de Disporem de Todos os Esforços Possíveis para Solução dos Conflitos – análise da interdisciplinaridade do Direito.

O Código de Processo Civil de 2015 tem como um de seus objetivos o método consensual de resolução de conflitos, assim, em seu artigo 3º, determina ser dever de todos aqueles que integram a cadeia jurídica buscar e incentivar os métodos consensuais para uma melhor solução da lide²³⁸.

Seguindo esta sistemática, dispõe o artigo 694 do CPC/2015:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.²³⁹

Incentivar que magistrados utilizem de todos os esforços para buscar soluções consensuais é uma medida eficaz para que os próprios integrantes da família reforcem esta instituição e cheguem a um acordo, sem precisarem que um terceiro, no caso o juiz, determine a solução do caso²⁴⁰.

²³⁷ PEREIRA, et al, op. cit., p. 940.

²³⁸ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

²³⁹ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 mar.2018

²⁴⁰ TARTUCE, Fernanda. Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do novo código de processo civil. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia**. IBDFAM, 2015, pg. 287-296.

Neste sentido, reforça Fernanda Tartuce que esta busca por uma solução consensual não pode ser realizada de uma maneira coercitiva, isto é, as partes tem que aceitar realizar estas sessões de forma livre e espontânea²⁴¹.

Para tanto, no Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁴², evento realizado em Vitória, no ano de 2015, foi aprovado o Enunciado nº 187²⁴³, o qual dispõe acerca da vedação a consensos realizados na seara das ações de família que foram empregados de maneira a coagir e intimidar as partes.

Nesta linha, para dar efetividade à busca do consenso, o art. 694 do CPC/2015 determina que os juízes das varas de família sejam auxiliados por profissionais de outras áreas, que entendam das técnicas de conciliação e mediação. Percebe-se, aqui, a tentativa do códex de incentivar a interdisciplinaridade do Direito com áreas que estudam o sujeito e suas relações com a sociedade.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, foi mais para a metade do século XX que a Filosofia do Direito começou a estudar os sujeitos sob a ótica interdisciplinar, de maneira a entender que as pessoas são sujeitas de direito e possuem desejos, e, desta forma, o Direito não poderia mais excluir a subjetividade que incide dentro desta ciência²⁴⁴.

Para melhor elucidar a questão, explica Rodrigo da Cunha:

“O Direito, a partir da influência da Psicanálise, não pode mais deixar de considerar a família como uma estruturação psíquica, para apreender mais profundamente as relações que pretende legislar e ordenar. Caso contrário, o Direito de Família continuará sem encontrar a melhor adequação à realidade.”²⁴⁵

Nesse sentido, Denise Maria Peressini da Silva afirma existir uma intensa relação entre Psicologia e Direito justamente por causa da necessidade de “se redimensionar a compreensão do agir humano, à luz dos aspectos legais e afetivo-

²⁴¹ PEREIRA et al, 2016, p. 941.

²⁴² PEREIRA et al, loc. cit.

²⁴³ 187. (arts. 649, 165, § 2º, 166) No emprego de esforços para a solução consensual do litígio familiar, são vedadas iniciativas de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, assim como as de aconselhamento sobre o objeto da causa. (Grupo: Procedimentos Especiais). Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 13 mar.2018.

²⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.a ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 150.

²⁴⁵ Ibid., p.151.

comportamentais”²⁴⁶. Segundo a autora, a Psicologia auxilia o Poder Judiciário atuando de forma “psicojurídica”, em prol da cidadania e do respeito aos sujeitos componentes da lide²⁴⁷.

Esta interface da psicologia com o direito humaniza o Judiciário e torna a “concretização do ideal de justiça”²⁴⁸ mais palpável.

Conclui-se, portanto, que áreas como psicologia, assistência social, psicanálise e outras devem dar suporte às decisões judiciais.

Conforme explica Maria Berenice Dias, em muitos casos é complicado ao togado “formar um juízo de convicção sem o uso da interdisciplinaridade”²⁴⁹, por este motivo, embasar as decisões judiciais em avaliações e laudos proferidos por técnicos de outras áreas traz uma grande contribuição para o processo, inclusive garante que princípios constitucionais sejam respeitados²⁵⁰.

Fernanda Tartuce e Eliane L. Duri complementam que as explicações e provas elaborados por técnicos auxiliam o togado a chegar “à decisão mais próxima da idealizada como justa”²⁵¹.

Um exemplo de que a interface do Direito com outras áreas é de grande efetividade para soluções proveitosas das ações foi a criação do Gabinete de Psicologia da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Nestes gabinetes, profissionais das áreas de psicologia e do direito trabalham em conjunto, obtendo soluções mais proveitosas nas lides de família, conforme dados da Defensoria Pública do RS abaixo colacionados:

Como a prática contribui para a rapidez e eficiência da Justiça? Com o objetivo de alcançar soluções consensuais para os conflitos familiares e ajudar as pessoas a reconhecer suas responsabilidades pelos rumos de suas vidas e das vidas de seus filhos, o atendimento realizado no Gabinete de Psicologia da Defensoria Pública do RS proporciona que grande parte das demandas apresentadas inicialmente como litigiosas transforme-se, antes do

²⁴⁶ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 5

²⁴⁷ SILVA, loc. cit.

²⁴⁸ Ibid., p. 11.

²⁴⁹ DIAS, 2017, p. 74.

²⁵⁰ DIAS, loc.cit.

²⁵¹ DURÍ, Eliane L.; TARTUCE, Fernanda. *Mediação Familiar: interdisciplinaridade e contribuição da Psicologia à luz do art. 694 do Novo Código de Processo Civil*. **Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/15iia5qe/etcsS0dEk0y08q8C.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2018.

ajuizamento, em demandas consensuais, o que possibilita três encaminhamentos, todos compatíveis com a desburocratização da justiça: 1. encerramento do caso sem ajuizamento de processo - ocorre quando as partes optam por responsabilizar-se diretamente pelo cumprimento das combinações e pela eventual realização de novas negociações; 2. elaboração de um termo de acordo extrajudicial - ocorre quando é verificada, junto às partes, a relevância da existência de um título executável. As partes, neste caso, são encaminhadas a um defensor público para produção do documento; 3. ajuizamento do acordo obtido - ocorre quando há necessidade de regulamentação judicial das combinações. Neste caso, as partes são encaminhadas a um defensor público para ajuizar a demanda, mas, por tratar-se de um acordo, resulta em processo simplificado e mais célere.

[...]

Fatores de sucesso da prática: A confiança e a valorização recíprocas entre os Defensores Públicos e os Psicólogos foram fatores fundamentais para o sucesso da prática, pois permitiram o redesenho das rotinas do relacionamento funcional em ambiente de colaboração e apoio.²⁵²

Do exemplo trazido, é possível concluir que a interdisciplinaridade do Direito com outras áreas culmina para soluções consensuais dos casos, e, conforme os dados acima apresentados, em muitas das situações as partes chegam a um acordo sem precisarem pleitear a tutela jurisdicional.

Acerca desta interação da ciência jurídica com outras ciências, Maria Berenice Dias alerta: estas áreas de conhecimento consultadas não farão o papel do juiz, mas sim irão apenas auxiliá-lo, tendo em vista que elas analisam quais são as intenções por detrás dos pedidos jurídicos pleiteados²⁵³ e poderão conduzir a ação de maneira a compreender os sentimentos que “estão em jogo”.

Ainda sobre esta multidisciplinaridade, Eliane L. Duri e Fernanda Tartuce argumentam que a imposição dada ao juiz de se valer do auxílio de outros profissionais não é uma imposição absoluta, isto é, não serão observadas em todos os casos, afinal, em muitas comarcas não existem pessoas suficientes para integrar a equipe multidisciplinar; em outras comarcas, por sua vez, sequer possuem esta equipe; bem como locais em que o poder judiciária até tem profissionais o bastante para realizarem esta multidisciplinaridade, geralmente existe uma demanda muito excessiva de processos, o que impossibilita o atendimento multidisciplinar em todos os casos²⁵⁴.

²⁵² ANADEP. **A Contribuição da Psicologia para a Solução dos Conflitos na Área de Família**. Porto Alegre, 06 jan.2011. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/pratica_exitosa?id=10406>. Acesso em 13 mar. 2018.

²⁵³ DIAS, 2017, p. 74

²⁵⁴ DURI, Eliane L.; TARTUCE, Fernanda. **Mediação Familiar: interdisciplinaridade e contribuição da Psicologia à luz do art. 694 do Novo Código de Processo Civil. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em:

Defendem Duri e Tartuce que o Estado deverá promover a solução dos conflitos pela via consensual quando for possível assim faze-lo (art. 3º, §2º, CPC/2015)²⁵⁵, de forma que as comarcas que não tiverem possibilidade de realizar esta interface com outras áreas, como a psicologia, por falta de aparato, estão isentas de observar este dever imposto pelo art. 694 do CPC/2015.

Com uma visão diferente, Maria Berenice Dias aborda a dificuldade do magistrado de chegar à uma decisão quando os laudos periciais são unilaterais, casos em que os sujeitos que compõem a lide não residem na mesma comarca e apresentam perícias realizadas por diferentes profissionais²⁵⁶. Quando isto ocorre, Dias é categórica, “Imperioso que a Justiça seja atenta à necessidade de assegurar meios para que seus auxiliares se desloquem para onde for necessário. Às claras que a surrada alegação de falta de recurso não pode servir de justificativa”²⁵⁷.

Embora exista a premissa de que o Estado deverá realizar o consenso quando praticável, sabe-se que esta interdisciplinaridade do direito com a assistência social, psicologia e outras áreas tende a trazer muitos benefícios para a solução dos conflitos, de maneira que, ainda que escassos os recursos, o Poder Judiciário deve se esforçar ao máximo para buscar aplicar este auxílio de diferentes profissionais para dirimir as lides, ainda mais quando as ações versarem sobre estipulação de guarda, tendo em vista as emoções presentes durante todo o processo, e a necessidade de ouvir e entender as crianças e adolescentes que estão no meio da disputa dos genitores.

Afinal, o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 reconhece que a família é a base da sociedade, devendo ser tutelada de forma especial pelo Estado, de maneira que, buscar sempre implementar soluções consensuais para os litígios do instituto familiar é “concretizando o programa constitucionalmente estabelecido”²⁵⁸, necessário considerar que um dos objetivos do CPC/2015 é o de consumir os direitos considerados como fundamentais pela Carta Magna.

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/15iia5qe/etcsS0dEk0y08q8C.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2018.

²⁵⁵§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

²⁵⁶ DIAS, 2017, p. 74.

²⁵⁷ DIAS, loc. cit.

²⁵⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de (Coord.); PANTOJA, Fernanda Medina (Coord.); PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 219.

Assim, feitas as ressalvas sobre a interdisciplinaridade do Direito com outras áreas cuja ciência de estudo é o ser humano, passa-se a analisar as sessões de mediação e conciliação.

4.1.2 – Mediação e Conciliação como Instrumentos que Proporcionam a Solução Consensual da Lide

Conforme explica Maria Berenice Dias, a utilização de técnicas que buscam um modo consensual de resolução de conflitos traz mais efetividade no campo do Direito de Família²⁵⁹.

Sabe-se que a mediação é uma técnica consensual que facilita o diálogo entre as partes componentes da demanda²⁶⁰, porém, não somente a mediação pode ser utilizada como técnica consensual, como também a conciliação pode ser empregada no conduzir da lide.

Necessário, portanto, compreender a diferença entre conciliação e mediação.

Quando se fala em conciliação, sabe-se que um terceiro irá dirigir as conversas e tratativas das partes de uma forma ativa, ainda que seja necessário se resguardar neutro e imparcial²⁶¹. Esta técnica consensual é mais breve que a mediação e busca restaurar a harmonia, dentro de um limite²⁶², entre os sujeitos que estão em conflito, e, inclusive, poderá o conciliador sugerir soluções às partes.

Na conciliação, geralmente ocorrem poucos encontros, cerca de um ou dois, porque a relação entre as partes é esporádica, ao passo que o conciliador atua de uma forma mais pontual²⁶³, buscado que as partes cheguem a um acordo.

Conforme explica Águia Arruda Barbosa, embora seja uma técnica importante, pode a conciliação ser utilizada apenas para reduzir a grande demanda de processos que existe tramitando no judiciário, deixando em segundo plano o intuito de ensinar as partes à fomentarem o consenso. Neste sentido, explica:

²⁵⁹ DIAS, 2017, p. 75.

²⁶⁰ ALMEIDA, 2016, p. 224.

²⁶¹ DIAS, op. cit., p. 75.

²⁶² DIAS, loc. cit.

²⁶³ PEREIRA et. al., 2016, p. 945.

Há muitos profissionais de carreira jurídica que se qualificam como mediadores, na busca de acordos, sempre com vistas a desafogar o Judiciário. No entanto, há um equívoco delicado a ser esclarecido, pois o conteúdo dessa atividade, que nomeiam de mediação, normalmente sob a influência do modelo norte-americano, na verdade, é conciliação. [...] É preciso dar destaque à importante prática da conciliação, mas é de rigor atribuir-lhe o devido lugar. Trata-se de uma atividade de reorganização lógica, no tocante aos direitos que cada parte acredita ter, polarizando-os, eliminando os pontos incontestáveis, para delimitar o conflito, e, com técnicas normalmente empíricas, o conciliador visa corrigir as percepções distorcidas, aproximando as partes em um espaço concreto.²⁶⁴

Não se trata de desmerecer a conciliação, todavia reconhece-se que a mediação pode ser mais efetiva na composição das ações familiares, uma vez que esta técnica utiliza uma linguagem interdisciplinar²⁶⁵.

Segundo Águida Barbosa, o conceito de mediação ainda não é concreto, visto estar em construção doutrinária²⁶⁶. O que se tem como cristalino acerca desta técnica consensual é que ela se vale da comunicação, e que concretiza com êxito o princípio da dignidade da pessoa humana²⁶⁷.

Na mediação, “o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”²⁶⁸. Devido a carga emocional existente nos conflitos, como sentimentos de raiva, tristeza, descaso, etc., o diálogo entre as partes fica nebuloso, de maneira que o mediador serve como um instrumento para melhorar a comunicação entre os sujeitos²⁶⁹.

Neste sentido, este terceiro estranho à lide deve aproximar as partes e incentivar a pacificação²⁷⁰, isto é, aquele que mediar as partes tem como objetivo reverter o cenário conflituoso existente, para um cenário em que estas partes colaborem uma com a outra, de forma que em conjunto irão chegar a uma solução, sem que o mediador aponte possíveis desfechos²⁷¹. Não se trata somente de trabalhar

²⁶⁴ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55.

²⁶⁵ BARBOSA, 2015, p. 55.

²⁶⁶ Ibid., p.54.

²⁶⁷ Ibid., p. 55.

²⁶⁸ TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. **Site Fernanda Tartuce**. Disponível em: <://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²⁶⁹ COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda. **Magistratura e formação humanística**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 230.

²⁷⁰ COSTA, loc. cit.

²⁷¹ DIAS, 2017, p. 75.

para que as partes cheguem a um acordo, como ocorre na conciliação, mas sim, a mediação irá atuar na gênese do conflito, buscando incentivar os indivíduos à chegarem a autocomposição e, até mesmo, melhorarem o vínculo afetivo que existe entre eles.

A pessoa que realizará a mediação será neutra e imparcial, como ocorre na conciliação, todavia não poderá sugerir soluções às partes, apenas deve estimular o diálogo entre os sujeitos para que estes cheguem a um consenso²⁷².

Ademais, a mediação geralmente ocorre em algumas sessões, para que todos os pontos controvertidos sejam abordados e resolvidos²⁷³.

O mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas.²⁷⁴

Resumindo, sobre os aspectos que diferenciam a conciliação da mediação é que a aquela tende a ser mais célere que esta, isso porque na primeira as partes não possuem uma relação anterior à lide, já na segunda os laços entre os sujeitos componentes da demanda geralmente são mais intensos. Em detrimento disso, a doutrina classifica que a principal diferença entre mediação e conciliação está no conciliador e no mediador, isso porque, “enquanto o mediador facilitaria a comunicação, a reconstrução da relação e reflexão pelas partes, deixando que a solução delas provenha, o conciliador iria além, propondo soluções”²⁷⁵.

Assim, analisando que nas demandas familiares as partes possuem um vínculo anterior ao ajuizamento das ações, conclui-se que a técnica conciliatória mais indicada para dirimir estes conflitos é a técnica da mediação, uma vez que está possibilitará que as partes cheguem à um consenso em conjunto, e talvez até reestruturem seus laços afetivos após a autocomposição.

Todavia, Fernanda Tartuce alerta que, por mais que as partes já possuam um vínculo anterior à lide, o que faria com que a técnica da mediação fosse aplicada, se

²⁷² DIAS, loc. cit.

²⁷³ PEREIRA, 2016, p. 945.

²⁷⁴ DIAS, 2017, p. 75.

²⁷⁵ COSTA, 2014, p. 231.

for o caso destas partes serem resistentes e não cederem as suas prerrogativas, pode ser então mais aconselhável que um conciliador coordene o conflito²⁷⁶.

O exemplo que Tartuce traz para elucidar o panorama acima exposto é um caso de disputa de guarda em que ambos os genitores desejam a guarda unilateral dos filhos. Embora já exista e persista o vínculo entre as partes, podem os advogados delas perceberem que estas não estão dispostas ou abertas ao diálogo autocompositivo, de maneira que a mediação ficaria estagnada, posto que as partes não querem ceder. Assim, a figura do conciliador, que se diferencia do mediado no sentido de poder indicar soluções aos conflitos, pode ser mais indicada²⁷⁷.

Em suma, caso por caso terá de ser analisado para se concluir qual a técnica consensual indicada, entretanto, o que se tem como concreto é que ambas, mediação e conciliação, são de grande importância para a melhor compreensão e trâmite do processo.

4.1.2.1 – Considerações acerca da técnica da mediação.

Como já explanado no tópico anterior, a técnica da mediação é, geralmente, a mais indicada às demandas de família, justamente por incentivar a autocomposição da lide e a reestruturação do vínculo afetivo.

Em entrevista à Revista IBDFAM, Giselle Câmara Groeninga explica que em muitos casos, principalmente nas ações de família, o processo judicial pode ser usado como um meio de uma parte vingar-se da outra²⁷⁸, de maneira que cabe ao mediador analisar os sentimentos das partes e buscar inserir nestes sentimentos a razão, para que assim os polos da demanda vejam seus impasses sob outra ótica.

²⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. **Site Fernanda Tartuce**. Disponível em: <://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²⁷⁷ TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. **Site Fernanda Tartuce**. Disponível em: <://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²⁷⁸ Humanização da Justiça. **Revista IBDFAM**. Minas Gerais, ed. 36., p. 8-11, DEZ. 2017/ JAN. 2018. O poder da mediação: método alternativo para solução dos conflitos.

Neste sentido, elucida Groeninga que “a mediação é ferramenta preciosa, esclarecendo algumas das questões subjetivas e ‘arando o terreno’ para um encaminhamento mais realista, objetivo e justo do processo judicial”²⁷⁹. Desta forma, a mediação é útil para não fomentar que a parte utilize do judiciário como meio de represália à outra, “Com a compreensão e transformação do conflito, previne-se o uso perverso do processo judicial e mesmo sua multiplicação em demandas sem fim”²⁸⁰.

Acerca da mediação, cabe, portanto, fazer alguns apontamentos.

Este ponto de reestabelecer a relação entre os sujeitos está estritamente ligada à ideologia da mediação. Embora muitos depositem nesta técnica o desejo de ser utilizada apenas como meio de “desafogar o Judiciário”, cabe lembrar que ela, em verdade, deve ser usada como instrumento de “humanização do acesso à justiça”²⁸¹.

Neste novo entendimento de acesso à justiça, há um empoderamento dos indivíduos, “que tem sua autonomia prestigiada”²⁸², de maneira que a visão deturpada que as pessoas têm que resolver qualquer conflito através do poder judiciário será invertida para o entendimento que as partes podem chegar a autocomposição sem que um magistrado determine “quem tem razão e quem não tem”.

Deste modo, incentivando que as partes cheguem à um consenso por si próprias, o “desafogamento do judiciário” será apenas uma consequência desta nova compreensão de solução de conflitos.

Feita esta análise sobre a capacidade da mediação modificar a compreensão das pessoas sobre resolução dos conflitos, cabe analisar como a mediação é importante na seara das lides familiares, estritamente quando se trata do incentivo à guarda compartilhada.

4.1.2.2 – Mediação familiar e interdisciplinaridade

²⁷⁹ Humanização da Justiça. **Revista IBDFAM**. Minas Gerais, ed. 36., p. 8-11, DEZ. 2017/ JAN. 2018. O poder da mediação: método alternativo para solução dos conflitos.

²⁸⁰ Humanização da Justiça. **Revista IBDFAM**. Minas Gerais, ed. 36., p. 8-11, DEZ. 2017/ JAN. 2018. O poder da mediação: método alternativo para solução dos conflitos.

²⁸¹ BARBOSA, Águida Arruda. A ideologia por detrás da mediação. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia**. IBDFAM, 2015, pg. 585-594.

²⁸² BARBOSA, loc. cit.

Conforme explicado anteriormente, a Lei 13.058/2014 estipulou que a guarda compartilhada seria a regra, sendo a guarda unilateral a exceção. Tal redação foi dada ao art. 1.584, §2º do CCB/02, por entender ser este o modelo que mais reforça os vínculos afetivos entre os genitores e a prole.

Afirma Maryvone David-Jougneau²⁸³ que quando os genitores optam por não mais conviverem em conjunto, é necessário determinar o papel de cada ente familiar neste novo modelo de família que irá existir.

Antes dos genitores se divorciarem ou dissolverem a união estável, a família vivia num modelo de união, de maneira que a guarda compartilhada visa conservar este elo da melhor maneira possível, mantendo rotinas e hábitos, pois isto seria o ideal para as crianças e adolescentes frutos da união que os pais um dia tiveram, sem, contudo, deixar de observar que existe um choque de sentimentos entre os genitores.

Esta comparentalidade tem como intuito manter os laços afetivos da melhor maneira possível à todos os integrantes desta família recomposta, com especial olhar à prole.

Conclui a mesma autora²⁸⁴ que somente a técnica da mediação é capaz de auxiliar e dar credibilidade ao modelo da guarda compartilhada, pois faz com que pais e filhos se sintam seguros com esta comparentalidade, justamente por ser uma metodologia que leva em consideração os sentimentos e emoções presentes nestas disputas familiares.

Nesta perspectiva, cabe salientar que a mediação deverá trabalhar com a interdisciplinaridade, isto é, a interdisciplinaridade irá completar a mediação naquilo que for possível. Ressalta-se que não se trata somente de fazer com que juízes e psicólogos trabalhem em conjunto, mas sim trata-se da “ampliação do conhecimento de uma ciência pela colaboração de outros saberes”²⁸⁵.

²⁸³ BARBOSA, Águida Arruda. Guarda Compartilhada e Mediação Familiar – uma parceria necessária. **Site Fernanda Tartuce.** Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-media%C3%A7%C3%A3o-familiar-parceria.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018

²⁸⁴ BARBOSA, Águida Arruda. Guarda Compartilhada e Mediação Familiar – uma parceria necessária. **Site Fernanda Tartuce.** Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-media%C3%A7%C3%A3o-familiar-parceria.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018

²⁸⁵ BARBOSA, Águida Arruda. Guarda Compartilhada e Mediação Familiar – uma parceria necessária. **Site Fernanda Tartuce.** Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-media%C3%A7%C3%A3o-familiar-parceria.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018

Urge trazer à baila que esta interdisciplinaridade da mediação com outras áreas não foi estipulada apenas pelo capítulo das Ações de Família do CPC/2015.

O Enunciado 335 da IV Jornada de Direito Civil já fazia esta previsão: “335 - A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”²⁸⁶.

Igualmente, em 2011, a Ministra Nancy Andrigui, ao julgar a redação do §2º do art. 1.584 do CCB/02²⁸⁷, destacou em seu voto a importância da ação interdisciplinar:

[...] Busca-se, por essa ação interdisciplinar primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre os pais; segundo, evidenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada, terceiro: construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência.²⁸⁸

Assim, com base em enunciados e jurisprudências que entendiam que a mediação, e as técnicas interdisciplinares utilizadas por esta, culminam para uma melhor solução da lide, sobretudo quando está em disputa a guarda de crianças e adolescentes, percebe-se que o Código de Processo Civil foi assertivo ao determinar em seu art. 964 que o juiz deve utilizar da interdisciplinaridade para realizar a mediação.

4.1.3 – Das Audiências Obrigatórias em Procedimentos Especiais e Quando as Partes não Têm Interesses Nestes Tipos de Solução de Conflitos

O artigo 695 do Código de Processo Civil disciplina a obrigatoriedade da audiência inicial de mediação e conciliação. Vejamos:

²⁸⁶ BRASIL. IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: <file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf>. Acesso em 16 mar. 2018.

²⁸⁷ § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1251000/MG, da 3ª Turma, 23 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011>. Acesso em: 16 mar. 2018.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.²⁸⁹

O entendimento majoritário na doutrina é que, diferentemente das audiências de mediação e conciliação que ocorrem em outros tipos de ações nas quais referidas audiências podem ser dispensadas (Art. 334, §4º e §5º CPC/2015)²⁹⁰, nas ações de família a audiência inicial deve ter a realização de mediação ou de conciliação, justamente por todas as benesses que estas audiências trazem ao processo, principalmente a mediação, conforme já explicado no início deste capítulo. Conforme estabelece Maria Berenice Dias, “a essa solenidade, não é facultado às partes dispensar sua realização”²⁹¹.

De outro ponto, há quem defenda que estas sessões de conciliação não podem ter caráter obrigatório.

Conforme explana Fernanda Tartuce, a sentença “se for o caso”, presente no art. 965 do CPC/2015, abre a possibilidade de ser fazer duas interpretações:

A previsão, graças à expressão “se for o caso”, permite duas interpretações. Pela primeira, após receber a petição inicial (e, se caso, deferir uma medida liminar), o juiz ordenará a realização da sessão consensual para a qual o réu será citado. Por um segundo olhar, após apreciar a petição inicial e deferir a medida liminar, o juiz determinará, se for o caso, a realização de sessão consensual.²⁹²

²⁸⁹ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁹⁰ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

²⁹¹ DIAS, 2017, p. 80.

²⁹² TARTUCE, Fernanda. Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do novo código de processo civil. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia**. IBDFAM, 2015, pg. 287-296.

Da primeira acepção é possível extrair que a audiência inicial de mediação e conciliação será sempre obrigatória quando for o caso de procedimento especial das ações de família, ao passo que aos procedimentos comuns é possível dispensar referidas audiências se preenchidos os requisitos do art. 334, §4º e §5º do CPC.

De outro modo, a segunda acepção traz uma visão diferente, no sentido que não haveria obrigatoriedade nesta sessões iniciais de mediação e conciliação, inclusive, para os procedimentos especiais nas ações de família.

Segunda Fernanda Tartuce, esta segunda interpretação do artigo é interessante e, no ponto de vista da autora, a mais importante, afinal ela respeita a autonomia das partes²⁹³.

A autonomia das partes é um princípio que norteia as sessões de mediação e conciliação, justamente por respeitar a questão da voluntariedade. Segundo a doutrina, a autocomposição da lide só é possível se houver expreso consentimento das partes no sentido de concordarem com estas sessões de conciliação²⁹⁴.

Fernanda Tartuce pondera que quando as partes são compelidas a realizarem sessões para tentar a autocomposição da demanda, as partes não se sentem seguras ou confortáveis, de maneira que não se motivarão para chegar a uma solução, restando estas sessões infrutíferas e atrasando o caminhar do processo²⁹⁵. Ao inverso, quando as partes demonstram a vontade pela autocomposição, estas sessões tendem a ser produtivas²⁹⁶.

Averigua-se, assim, que é essencial que as partes demonstrem voluntariedade para que então o juiz designe audiências iniciais de mediação e conciliação. Até porque, não somente a doutrina reconhece o princípio da autonomia da vontade das partes como essencial para a autocomposição da lide, mas também a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça faz esta previsão (Anexo III, Art. 2º, inciso II²⁹⁷).

²⁹³ TARTUCE, Fernanda. Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do novo código de processo civil. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia**. IBDFAM, 2015, pg. 287-296.

²⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018. p. 314.

²⁹⁵ PEREIRA, 2016, p. 943.

²⁹⁶ TARTUCE, op. cit., p. 314.

²⁹⁷ Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos

Dessarte, ao considerar que o princípio da autonomia da vontade das partes deve imperar para a designação de audiências iniciais de autocomposição, Fernanda Tartuce informa que o magistrado deverá observar as premissas do art. 344, §4º e §5º do CPC, quais sejam: a) manifestação de ambas as partes no sentido de dispensarem a autocomposição, e; b) impossibilidade de autocomposição²⁹⁸.

O primeiro requisito (inciso I do §4º do art. 344 do CPC) trata da oposição das partes na realização de audiências consensuais. É necessário observar esta questão, pois se os indivíduos que integram a lide não e interessarem pela autocomposição, as audiências realizadas serão sempre infrutíferas e o processo irá se prolongar no tempo sem necessidade.

Ocorre que o inciso I do §4º do art. 344 informa que a audiência apenas não será realizada se ambos os sujeitos da ação se manifestarem contrários a realização destas audiências consensuais, de maneira que se uma das partes se manifestar no sentido de querer a mediação ou a conciliação, a audiência consensual irá ocorrer. Segundo Fernanda Tartuce, o fato da audiência ocorrer apenas porque uma das partes se manifestou de forma positiva à realização fere o princípio da voluntariedade de qualquer maneira, pois seria necessário que tanto autor quanto réu se manifestassem querendo a audiência consensual²⁹⁹.

Todavia, a mesma autora complementa que a questão de já haver audiência quando uma das partes a deseja ocorre em virtude do entendimento do legislador de que as partes, na autocomposição, tendem a influenciar uma a outra de forma recíproca, desta forma, a mediação realizada porque uma das partes quis “deixa espaço para que a parte interessada na autocomposição possa persuadir a outra a se engajar no método”³⁰⁰.

O outro requisito imposto pelo §4º do art. 344 encontra-se no inciso II, o qual dispõe que a audiência não será realizada quando “não admitir autocomposição”. Tratam-se de casos delicados, como exemplo trazido por Fernanda Tartuce, caso de

de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento; **Conselho Nacional de Justiça**, Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 17 mar.2018.

²⁹⁸ PEREIRA, 2016, p. 943.

²⁹⁹ TARTUCE, Fernanda. Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do novo código de processo civil. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia**. IBDFAM, 2015, pg. 287-296.

³⁰⁰ TARTUCE, loc. cit.

violência doméstica em que há medida protetiva,³⁰¹ por óbvio que as partes não chegarão a uma solução em conjunto.

Diante do esposado, percebe-se que, embora a maior parte da doutrina defenda que as audiências de mediação e conciliação devem ser uma obrigatoriedade para as partes quando se tratar de ações de família, é interessante que o magistrado pondere se autor e réu têm interesse em realizar estas sessões de conciliação, caso contrário, se forem impostas estas sessões, nas situações em que ambas as partes não estão dispostas ao diálogo, poderá o litígio perdurar pelo tempo sem que se chegue a uma solução.

Por mais que a mediação seja indicada em ações que versem sobre guarda, conforme já explicado neste capítulo, se as partes não estão dispostas a conversarem, nem que seja uma audiência de conciliação, é certo que as sessões de autocomposição quedarão infrutíferas.

4.1.3.1 – Suspensão e divisão das audiências de autocomposição

Embora grande parte da doutrina sustente a obrigatoriedade das sessões de autocomposição, como visto, há quem defenda que os togados façam uma ponderação sobre a necessidade de realizar estas audiências em casos que as partes, definitivamente, não desejam a ocorrência da mediação ou conciliação.

De toda sorte, o código de processo civil disciplina que quando realizadas as audiências de autocomposição, poderão estas serem suspensas ou divididas.

A suspensão é permitida pelo parágrafo único do art. 694: “Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”³⁰².

Percebe-se que o legislador possibilitou a suspensão do processo se as partes requererem esta suspensão para que sejam realizadas sessões de mediação extrajudicial, reconhecendo o legislador o mérito desta autocomposição realizada sem

³⁰¹ TARTUCE, loc. cit.

³⁰² BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

a interferência do Judiciário³⁰³. Outra possibilidade de suspensão é se a equipe multidisciplinar auxiliar no caso, como em casos de orientações psicossociais se houver violência doméstica³⁰⁴.

Explica Fernanda Tartuce que esta aplicação da suspensão processual é instigada pela prática forense³⁰⁵. Para além, embora o artigo 313, §4º do CPC determine que o prazo razoável para o processo ficar suspenso seja de 06 (seis) meses³⁰⁶, a mesma autora assegura que este prazo pode ser expandido, “já que o tempo das partes pode variar”³⁰⁷.

Acerca da divisão das sessões de mediação ou de conciliação, dispõe o art. 696 do CPC: “Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito”³⁰⁸.

Esta divisão é prevista pelo legislador, justamente pela autocomposição não ocorrer de forma imediata e já na primeira audiência³⁰⁹. É mister que as partes reestabeleçam primeiramente o diálogo, sendo que a autocomposição será uma consequência da comunicação que foi retomada. Outrossim, pelas demandas de família versarem sobre pontos delicados, ainda mais quando há disputa pela guarda dos filhos, a segmentação das audiências de conciliação e mediação é uma técnica adequada para que a demanda chegue a um resultado satisfatório para todas as partes.

4.1.4 – Mandado de Citação Desacompanhado da Petição Inicial

A redação do art. 965, §1º do CPC aborda o mandado de citação desacompanhado da petição inicial:

³⁰³ PEREIRA, 2016, p. 942.

³⁰⁴ PEREIRA, loc. cit.

³⁰⁵ PEREIRA, 2016, p. 942.

³⁰⁶ Art. 313. Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes; § 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II.

³⁰⁷ PEREIRA, op. cit., p 942.

³⁰⁸ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

³⁰⁹ PEREIRA, 2016, p. 945.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e **deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial**, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.³¹⁰

Segundo a doutrina, o propósito do legislador com tal artigo seria de evitar que a petição fomentasse o litígio e acabasse por atrapalhar as audiências de autocomposição. Assim, determinou que a citação do réu não contenha a petição inicial, contudo possibilitou ao réu ter acesso ao conteúdo da exordial a qualquer momento, mediante solicitação na secretaria da vara de família.

Maria Berenice Dias sustenta que este novo dispositivo do Código de Processo Civil é extremamente útil. Dias compartilha do mesmo entendimento do legislador de que o desconhecimento da petição inicial possibilita que o réu não compareça à audiência inicial munido de sentimentos de raiva e de vingança, isto é, este novo artigo “estabelece um clima menos litigioso entre as partes”³¹¹. Na visão de Maria Berenice Dias, referido dispositivo não é inconstitucional³¹².

Igualmente, Cassio Scarpinella Bueno sustenta que o §1º do art. 695 não é antagônico à Carta Magna, porque o requerido tem o direito de conferir a peça vestibular quando desejar antes da audiência³¹³. Para Scarpinella, assim como entende Maria Berenice Dias, a ciência do conteúdo da petição inicial pode prejudicar a comunicação das partes, de modo que o desacompanhamento da peça vestibular tende a facilitar o diálogo entre as partes³¹⁴.

De outra banda, Fernanda Tartuce sustenta que este artigo do códex é contrário à Constituição Federal³¹⁵, posto que as partes deixam de ter um tratamento isonômico, tendo em vista que o princípio do contraditório³¹⁶ foi abalado. Segundo

³¹⁰ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

³¹¹ DIAS, 2017, p. 81.

³¹² DIAS, loc. cit.

³¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630.

³¹⁴ BUENO, loc. cit.

³¹⁵ PEREIRA, 2016, p. 944

³¹⁶ O contraditório é um dos meios mais eficazes de garantir um processo justo. Presente no art. 5º, inciso LV da CRFB/88, tem o intuito de fazer com que as partes participem de todos os atos do processo

Tartuce³¹⁷, há também violação ao princípio da publicidade³¹⁸. Desta maneira, percebe-se a afronta ao princípio da igualdade e da paridade de armas³¹⁹. Assim, conclui Fernanda Tartuce que é essencial que o réu tenha conhecimento da petição inicial³²⁰, até porque, conforme Tartuce elucida, a Lei da Medição (Lei 13.140/2015) não prevê omissão de informações, de maneira que a regra do código de processo civil é inadequada³²¹.

Nesse sentido, Mônica Cecílio Rodrigues é partidária do entendimento de Fernanda Tartuce. Segundo Rodrigues, a maioria das ações de família são acompanhadas de pedidos de tutela de urgência ou evidência, o requerido não terá acesso aos pedidos materiais da exordial, mas aos pedidos processuais sim, de forma que este conhecimento do deferimento do pedido da tutela, mas desconhecimento dos pedidos da inicial, é extremamente complicado ao réu³²².

Conforme explica Rodrigues, fica a cargo da secretaria da vara em que tramita o processo narrar os fatos da peça vestibular ao réu, de maneira que este procedimento pode acirrar ainda mais os ânimos das partes³²³.

Assim, conforme se conclui, há uma divergência na doutrina acerca da constitucionalidade e efetividade do contido no §1º do art. 695 da Lei 13.105/2015.

e influenciem o caminhar da lide. Todavia, não somente as partes são guiadas pelo contraditório, mas o magistrado também, pois além do dever imposto ao togado de observar o referido princípio, ao contraditório está sujeito o juiz. Neste sentido, o contraditório define que todas as decisões proferidas pelo juízo devem se basear nas matérias amplamente debatidas por todas as partes da lide. “O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadãos nos atos jurisdicionais do Estado”. – MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 502.

³¹⁷ PEREIRA, et. al., 2016, p. 944.

³¹⁸ O princípio da publicidade é vital ao princípio do Estado Democrático de Direito. Assim como o contraditório, visa um processo justo, de forma que todos os sujeitos tem direito à acessar o contido nos autos, bem como assegura aos sujeitos a presença durante as práticas do processo. – MARINONI, op. cit., pg. 508.

³¹⁹ Para a construção de um Estado Constitucional, é vital que seja observado o direito à igualdade. Neste sentido, para que a marcha processual seja justa, devem as partes ter paridade de armas, isto é, devem ser tratadas de forma isonômica equivalente pelo magistrado. Não se trata de um procedimento sem distinções entre as partes, mas sim, aplicar a legislação de maneira uniforme, sem que o magistrado diferencie de forma arbitrária as partes. – Id., 2015, p. 498.

³²⁰ PEREIRA, et. al., 2016, p. 944.

³²¹ PEREIRA, et. al., loc. cit.

³²² DANTAS, Bruno et. al. **Novo Código de Processo Civil : Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. vol. 2. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 222.

³²³ DANTAS, loc.cit.

4.1.5 – Atuação do Ministério Público e o Depoimento de Incapaz que Sofre Abusos ou Alienação Parental.

Ainda acerca das inovações apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015 na seara das Ações de Família, cumpre trazer à baila os artigos 698 e 699.

Segundo o art. 698, o Ministério Público irá intervir somente em processos que possuem discussão de interesse de incapazes, sendo obrigatório se manifestar antes da homologação do acordo realizado através da mediação ou da conciliação:

Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.³²⁴

Segundo Fernanda Tartuce, uma disposição análoga existe na Lei de Mediação³²⁵. Trata-se do art. 3º, §2º da Lei 13.140/2015³²⁶, o qual dispõe da exigência da oitiva do Ministério Público em conflitos que abordam direitos indisponíveis.

Tartuce explica que a medida imposta pelo legislador, em verdade, é uma modernização do que o art. 82 do CPC/1973³²⁷ previa: a ingerência do parquet em qualquer ação de família. O entendimento que vinha se consolidando, e que deu sustentação para o art. 698 do CPC/2015, era no sentido que a intervenção da promotoria pública em todas as demandas de família era extremamente desnecessária e impertinente em alguns pontos da vida privada, de modo que só era necessária essa atuação do Ministério Público apenas quando interesses de incapazes estivessem em discussão³²⁸, afinal somente nestes casos há interesse público a ser conservado³²⁹.

³²⁴ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

³²⁵ PEREIRA, et. al., 2016, p. 946.

³²⁶ Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

³²⁷ Compete ao Ministério Público intervir: I – Nas causas em que há interesses de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade.

³²⁸ PEREIRA, et. al., 2016, p.946.

³²⁹ DIAS, 2017, p. 81.

O artigo 699 do CPC/2015 também trata de incapazes, mas versa acerca da imposição do magistrado ser acompanhado de especialistas de outras áreas, como psicólogos e assistentes sociais, durante a tomada do depoimento de incapaz que sofre abusos ou alienações parentais.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.³³⁰

Conforme a Doutora em Psicologia Clínica, Sra. Evani Zambom Marques da Silva, explica, as perícias psicológicas auxiliam de maneira extremamente eficaz o magistrado³³¹. Segundo Evani da Silva, as perícias são capazes de verificar e compreender as peculiaridades das famílias, observando cada membro da instituição. Também, as perícias conseguem diferenciar o que seria um interesse genuíno e o que seria atos de alienação parental³³².

É capaz a perícia, igualmente, indicar a vulnerabilidade de alguns arranjos familiares e dos tipos de guarda estabelecida, bem como outros pontos que o togado, apenas analisando o processo, é incapaz de perceber.

Embora seja expressiva a tentativa do código de processo civil de se preocupar com a tomada dos depoimentos dos sujeitos incapazes, o codex foi omissivo, visto que não determinava qual tipo de especialista deveria realizar a oitiva dos menores³³³. Nas palavras de Fernanda Tartuce “A previsão do Novo CPC é importante ao positivar a prática da tomada de depoimentos, embora pudesse ser mais bem detalhada para evitar dúvidas”.

De acordo com as explicações de Maria Berenice Dias³³⁴, o artigo 699 do CPC/2015 foi derogado pela Lei 13.431/2017.

³³⁰ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

³³¹ SILVA, Evani Zambom Marques da. Como as perícias psicológicas podem ajudar os processos judiciais. O código de processo civil 2015. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia**. IBDFAM, 2015, pg.

³³² SILVA, loc. cit.

³³³ PEREIRA, et. al., 2016, p.496.

³³⁴ DIAS, 2017, p. 81.

Esta lei, que é bem mais específica que o código processual, concebe garantias a crianças e adolescentes que são vítimas ou que testemunham casos de violência³³⁵, tanto a violência física que denigra a integridade ou a saúde corporal ou que causem sofrimentos físicos ao menor, quanto a violência psicológica, que engloba discriminação, desrespeito, humilhação, agressão verbal, práticas de alienação parental, entre outras, além de vítimas de violência sexual e violência institucional.

Do artigo 7º ao artigo 12 da lei acima citada, é especificado como se realizará o depoimento pessoal destes menores. Assim, a escuta especializada é uma entrevista feita com o menor, perante órgão especializado, que aborda a violência vivenciada de forma limitada àquilo extremamente necessário para entendimento dos fatos (ART. 7º). Já o depoimento especial é a oitiva do menor na presença de autoridade policial ou judicial (ART. 8º). Este depoimento pessoal é assegurado pelo sigilo de justiça, sendo gravado através de áudio e vídeo.

A lei versa acerca de vários requisitos que podem e devem ocorrer durante a tomada do depoimento destes menores. A escuta é realizada por profissionais em local separado, de maneira que é transmitida em tempo real para a sala de audiência³³⁶. Podem o magistrado, advogado e assistentes realizarem perguntas, que serão adaptadas pelo profissional que realizará a oitiva, de maneira a gerar uma melhor compreensão à criança e ao adolescente, moldando a pergunta à linguagem destes³³⁷, dentre diversos outros aspectos.

Assim, em face desta desatenção do diploma processual, foi necessário que uma nova lei fosse criada para dar um complemento ao Código de Processo Civil.

³³⁵ Cf. artigo 4º BRASIL, Lei 13.431, de 04 de abril de 2017.

³³⁶ DIAS, 2017, p. 81.

³³⁷ DIAS, loc. cit.

5. CONCLUSÃO

Conforme percebido ao decorrer deste trabalho, a instituição familiar vive em constante desenvolvimento.

Se nos primórdios os seres humanos praticavam a poligamia e o objetivo era a reprodução da espécie, nos dias atuais os sujeitos se relacionam uns com os outros por ser uma necessidade, principalmente pela influência do sentimento de afeto.

Assim, com esta evolução das relações humanas, foi necessário regulamentar os direitos e deveres inerentes aos laços familiares. Necessário, portanto, analisar o progresso das leis brasileiras neste particular.

No início, o Código Civil de 1916 reconhecia somente o matrimônio como instituição familiar, sendo que filhos frutos de relacionamentos extraconjugais não possuíam os mesmos direitos e deveres dos filhos concebidos durante o matrimônio, além de que os parceiros extraconjugais, igualmente, não possuíam amparos legais. Com o tempo, a concepção de matrimônio mudou, e com o advento da Constituição Federal de 1988, homens e mulheres passaram a ter tratamento isonômico, o divórcio foi regrado, a união estável foi equiparada ao casamento em direitos e deveres, e filhos, independente da relação dos pais, passaram a ser detentores dos mesmos direitos. Assim foram reconhecidas as famílias recompostas, as famílias homoafetivas, as famílias monoparentais, a até as famílias poliafetivas estão sendo estudadas e discutidas pela doutrina e tribunais brasileiros.

Urge trazer à baila que todas esta evolução da instituição familiar se deu em detrimento, principalmente, do princípio da afetividade, aquele que, conforme Ricardo Calderón³³⁸, é o alicerce das relações familiares.

Esta constante transformação da instituição familiar traz a imprescindibilidade do Direito de Família viver se atualizando para melhor atender as demandas

³³⁸ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2017. p. 148.

familiares. Assim, é possível perceber a dificuldade para a ciência do direito em acompanhar as mudanças pelo menos na área das ações de família.

O Código de Processo Civil de 1973 é considerado pela doutrina como um código raso no tratamento das demandas familiares. Esta carência de uma regulamentação robusta para as ações de família é demasiadamente complicada, pois não basta somente um direito material bom (o que até o advento do Código Civil de 2002 também era carente), mas o regramento processual tem que ser suficiente.

Importante destacar que, sobretudo nas ações de família, a dignidade da pessoa humana deve ser observada, de modo que um regramento não muito robusto pode impedir que o referido direito fundamental seja aplicado. Se nas discussões de divisão de bens dos cônjuges já existem atritos, imagine em processos que a convivência dos filhos com os pais está em discussão. Conclui-se que é extremamente necessário ter um código que regre de maneira aprofundada como se dará o processo da ação.

Nesta toada, o Código de Processo Civil de 2015 buscou sanar a omissão existente no CPC/73 e, assim, criou um capítulo para disciplinar as ações de família. Em que pesem os esforços do legislador, referido capítulo, Capítulo X, é escasso, possuindo sete artigos, do artigo 693 ao artigo 964.

Além da escassez de aprofundamento do código processual, visto que a doutrina majoritária entende que o código de processo civil deveria ter regrado mais assuntos que concernem as ações de família, existem outros pontos delicados.

Embora a tentativa do legislador tenha sido de instigar a autocomposição nas ações de família, percebe-se que tal atitude é arriscada. Conforme estudado no decorrer deste trabalho, percebeu-se que a mediação tende a reconciliar as partes, reestabelecendo o diálogo. Neste sentido, a mediação tem fundamental papel em demandas de estipulação da guarda, por exemplo, demonstrando que a guarda compartilhada é um meio interessante para manter os laços afetivos, ainda que os genitores deixem de conviverem em união, e criar um melhor ambiente para a prole. A mediação tende a dar credibilidade à este modelo de guarda.

Apesar de toda a importância da mediação e da conciliação, sabe-se que na maioria das demandas familiares as partes não estão desejosas pela autocomposição, e a imposição da realização destas audiências que visam a conciliação pode, ao invés de ajudar a demanda, sofrer efeito contrário, atrapalhando o diálogo entre as partes e tornando o processo moroso.

Outra questão a ponderar é sobre a constitucionalidade ou não do art. 695, §1º do CPC, aquele que estabelece que o mandado de citação seja desacompanhado da inicial, pois embora este artigo tenha a intenção de não gerar mais atritos entre os sujeitos da ação, uma parte da doutrina o enxerga como inconstitucional, entendendo que ele fere o princípio do contraditório e da igualdade entre as partes. Denota-se, portanto, que esta questão só será sanada com a análise do tempo, este será primordial para demonstrar se o objetivo do legislador, de que o diálogo entre as partes não seja prejudicado quando o réu tem acesso à peça vestibular, terá êxito, demonstrando que esta restrição de visualização da inicial antes da audiência não obstaculiza a paridade de armas das partes.

Para além, mais uma questão que se destaca é a do colhimento de depoimentos de incapazes que sofreram abusos ou alienação parental. Este artigo (699), de acordo com o que foi averiguado com esta monografia, já foi derogado pela lei 13.431/2017, tendo em vista que o supracitado dispositivo era omissivo quanto às regras de como seria feita a oitiva, quais os profissionais que iriam acompanhar o incapaz, quais os atos eram considerados como violência, entre outras questões, de modo que foi necessário o legislador criar uma lei específica sobre o assunto. Percebe-se, portanto, que o código de processo civil de 2015 não foi eficaz neste particular.

O assunto no qual é possível concluir que o código de processo civil obteve êxito em legislar, foi a necessidade de auxílio de profissionais de outras áreas. A interdisciplinaridade, ainda que o legislador tenha sido omissivo na questão de como ela se dará (como a questão do depoimento de incapaz), tende a trazer benefícios ao processo. É certo que profissionais da seara da psicologia, assistência social, psiquiatria, entre outros, são capazes de compreender os sentimentos por detrás dos pedidos elencados na inicial. Analisando e inquirindo as partes, estes profissionais percebem se os pedidos são genuínos, ou se as partes buscaram a tutela judicial com sentimentos de vingança, ódio, e até mesmo se ocorre a prática de alienação parental.

A utilização de laudos de profissionais de outras áreas que não a da ciência jurídica tende a dar efetividade às sentenças homologadas pelos magistrados, uma vez que estas utilizarão como esteio as conclusões proferidas pelos profissionais acima citados. Quando as lides versarem sobre direito de incapazes, a ingerência destes profissionais é de suma importância, pois o olhar destes para com crianças e

adolescentes é mais atento e analisa a subjetividade de cada família e da prole, fazendo com que a dignidade destes incapazes seja respeitada.

Portanto, é possível concluir que embora sendo mais específico que o CPC/73, o CPC/2015 ainda pecou em alguns aspectos, principalmente por não ter sido mais específico nos dispositivos que legislou. Entretanto, nem tudo são críticas negativas, uma vez que o estímulo à interdisciplinaridade foi um ponto de grande inovação e que certamente irá auxiliar de forma positiva as demandas de família.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de (Coord.); PANTOJA, Fernanda Medina (Coord.); PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANADEP. **A Contribuição da Psicologia para a Solução dos Conflitos na Área de Família**. Porto Alegre, 06 jan.2011. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/pratica_exitosa?id=10406>.

ANDRADE, Renato Faloni de. **Guarda compartilhada: a distância não importa ao afeto e à responsabilidade**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Data de publicação: 18/08/2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1141/Guarda+compartilhada%3A+a+dist%C3%A2ncia+n%C3%A3o+importa+ao+afeto+e+%C3%A0+responsabilidade>>.

BARBOSA, Águida Arruda. **A ideologia por detrás da mediação**. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia. IBDFAM, 2015, pg. 585-594.

BARBOSA, Águida Arruda. **Guarda Compartilhada e Mediação Familiar – uma parceria necessária**. Site **Fernanda Tartuce**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-media%C3%A7%C3%A3o-familiar-parceria.pdf>>

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Alvará de 10 de Setembro de 1811**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/anteriores/1824/alvara-39860-10-setembro-1811-570801-publicacaooriginal-93908-pe.html>>.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça, Resolução 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

BRASIL. **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf>>.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. **Lei n. 12.218, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Parentalidade socioafetiva e a efetividade da afetividade**. In: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. 9, 2014. Belo Horizonte, MG. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias: Pluralidade e Felicidade. Belo Horizonte, 2017. p. 311-334.

COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda. **Magistratura e formação humanística**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

DANTAS, Bruno et. al. **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. vol. 2. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – vol. 5: Direito de Família**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DURI, Eliane L.; TARTUCE, Fernanda. **Mediação Familiar: interdisciplinaridade e contribuição da Psicologia à luz do art. 694 do Novo Código de Processo Civil**. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/15iia5qe/etcsS0dEk0y08q8C.pdf>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, v. 6 – Direito de família**, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

Humanização da Justiça. **Revista IBDFAM**. Minas Gerais, ed. 36, p. 8-11, DEZ. 2017/ JAN. 2018. O poder da mediação: método alternativo para solução dos conflitos.

LACAN, Jacques. **Os Complexos Familiares**. Editora Zahar. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/jaques-lacan-os-complexos-familiarespdf.html>>.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alienação Parental: uma inversão da relação sujeito objeto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 26 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1222/Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental%3A+uma+invers%C3%A3o+da+rela%C3%A7%C3%A3o+sujeito+objeto>>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RAMOS, Patricia Pimentel de Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Recurso Especial nº 1251000/MG, da 3ª Turma, 23 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011>.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Evani Zambon Marques da. **Como as perícias psicológicas podem ajudar os processos judiciais. O código de processo civil 2015**. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10., 2015, Belo Horizonte – MG, Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia. IBDFAM, 2015.

SILVA, Paula Magalhães da. **A Guarda Compartilhada**. In: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004. Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/713/IV%20Congresso%20Brasil%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>.

TARTUCE, Fernanda. **Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do novo código de processo civil**. In: Congresso brasileiro de direito de família, 10, 2015, Belo Horizonte – MG, Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia. IBDFAM, 2015, pg. 287-296.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. **Site Fernanda Tartuce**. Disponível em: <://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Dilemas do Afeto**. In: X Congresso Brasileiro de Direito de Família. 10, 2016. Belo Horizonte, MG. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias Nossas de Cada Dia. Belo Horizonte, 2016. p. 11-28.

VELLY, Ana Maria Frota. **Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Junho de 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: volume 5 - família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GLOSSÁRIO

Et. al.: e outros.

Ibid.: na mesma obra.

Loc. cit.: no lugar citado.

Op. cit.: na obra citada.