



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

**AFETO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
da escalada do afeto nas relações filiais à guarda compartilhada**

Márcio Darlan Silva Borges
Prof. Orientador: Carlos Costa

Aracaju
2015

MÁRCIO DARLAN SILVA BORGES

**AFETO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
da escalada do afeto nas relações filiais à guarda compartilhada**

Trabalho de Conclusão de Curso na modalidade Artigo Científico – apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

AFETO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: da escalada do afeto nas relações filiais à guarda compartilhada

Márcio Darlan Silva Borges¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é investigar a proposta doutrinária de conceber o afeto como direito fundamental e seus reflexos no direito de família, mais especificamente nas relações filiais, suas implicações nos casos de dissolução conjugal e a importância da guarda compartilhada. Adotou-se o método narrativo, tópico argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico, organizado em três tópicos. No primeiro, faz-se um esboço histórico sobre a formação das famílias nas sociedades primitivas de todo o mundo e a sua evolução, bem como o modo que o afeto (amor) passa a orientar tais relações, tanto sob o aspecto conjugal quanto filial. No segundo, analisa-se os desdobramentos decorrentes da dissolução conjugal sob o ponto de vista jurídico e em relação a prole, principalmente no que tange a guarda dos filhos menores. No terceiro, examina-se os modelos de guarda existentes no mundo e no Brasil, demonstrando a evolução legislativa acerca do instituto e a propositura da guarda compartilhada como instrumento para atender ao princípio do melhor interesse do menor e combater a alienação parental.

Palavras-chave: Afeto. Direito Fundamental. Direito de Família. Guarda Compartilhada.

1 INTRODUÇÃO

O homem é um ser gregário por natureza e a família sempre teve o papel de célula mater da sociedade. Entretanto, durante muito tempo, a gênese familiar ocorreu com maior frequência por critérios de conveniência patrimonial e procracional ao longo dos anos, sobretudo, nas classes mais abastadas onde não existiam casamentos por amor, mas sim, pautados nos arranjos familiares que visavam à união de territórios, reinado, patrimônios, entre outros. A união conjugal

1

afetiva tem origem na plebe, que nada tinha a perder, e ascende como “regra social” junto com o crescimento econômico da burguesia.

Na atualidade a família é pautada no princípio da afetividade. Isto revolucionou o Direito de Família, afastando a ideia de união estável somente entre homem e mulher, o que possibilitou o surgimento de novos arranjos familiares. Neste ponto, a afetividade passa a ser visualizada como princípio jurídico de natureza fundamental, e, do mesmo modo que passa a ser direito, gera deveres para a sua concretização.

Com o estabelecimento do amor, como norte das relações conjugais, revolucionaram-se os vínculos familiares, surgindo neste momento histórico à ideia de amor parental e, principalmente, filial. Quase que simultaneamente ao surgimento da união conjugal e, posteriormente, familiar, orientada pelo amor ou afeto, surge a necessidade de se estabelecer regras para a dissolução conjugal e neste íterim o cuidado da prole.

Decorrente da separação dos cônjuges há a necessidade de se estabelecer as formas pelas quais os genitores estabelecerão a guarda dos filhos. Portanto, passam a ser admitidas na legislação brasileira as opções de guarda unilateral e compartilhada. A guarda compartilhada se mostra mais ajustada a atender tanto ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como também ao princípio da afetividade parental, que não se finda com o rompimento conjugal.

O escopo deste trabalho é inter-relacionar a proposta doutrinária, relativamente nova, de conceituação do afeto como direito fundamental, à personalidade e à dignidade da pessoa humana. Embora os direitos fundamentais tenham nascedouro no Direito Constitucional, o presente artigo tem como enfoque o Direito de Família, um dos seus destinatários, no que tange às relações conjugais, parentais e, sobretudo, filiais.

O texto visa à orientação teórica, como marcos referenciais, para estabelecer um diálogo e alcançar a inter-relação proposta neste trabalho nas lições de Adriana Maluf (2012), Luc Ferry (2012), Rodrigo da Cunha Pereira (2011) e José Conrado da Rosa (2015). Adotou-se o método narrativo, tópico argumentativo, apoiado em uma revisão bibliográfica, a fim de explorar e reunir informações relevantes sobre a temática em questão, atendendo ao objetivo proposto neste trabalho que foi organizado em três tópicos.

Inicialmente, será realizada uma verificação histórico-social da escalada do afeto (amor) nas relações conjugais e filiais, passando pela análise sobre o fim dos relacionamentos amorosos e seus reflexos em relação à prole. Por fim, se encerra no debate sobre a guarda dos filhos menores de idade, cuja finalidade é atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. No tocante a este último buscar-se-á caracterizar os tipos de guarda existentes no mundo e os previstos na legislação brasileira; bem como, diferenciar guarda alternada de guarda compartilhada; desmistificar conceitos equivocados acerca da guarda compartilhada., descrever os aspectos positivos e negativos acerca do seu estabelecimento e apresentar a relação da guarda compartilhada como propositura solucionadora de conflitos geradores da Síndrome da Alienação Parental.

2 A ESCALADA DO AFETO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS E FILIAIS

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que, diante das constantes e consecutivas transformações na sociedade, vem sofrendo alterações mais significativas nas últimas décadas, não somente no Brasil, mas em todo o mundo (PEREIRA, 2004).

As transmutações estruturais na organicidade familiar e a estruturação de novos arranjos familiares encontram-se diretamente ligadas ao declínio do patriarcalismo² na modernidade. Ainda de acordo com o autor supracitado, este momento representou o auge de ruptura de um processo secular de supremacia do homem e conseqüente valorização da mulher nas relações sociais em geral, nesse caso, mais especificamente, no âmbito familiar

Analisando historicamente as sociedades, observa-se que sempre houve uma sobreposição da figura de um dos genitores em relação ao outro, no tocante à criação e à guarda dos filhos. Ao homem cabia o papel de provedor da entidade familiar, já a mulher era responsável pelas tarefas domésticas. Na antiga Roma, por exemplo, surgiu, junto com o Direito Romano, o instituto do Pátrio Poder, conceito

2

O patriarcalismo era caracterizado por uma autoridade imposta institucionalmente do homem sobre as mulheres e os filhos no ambiente familiar. Permeava toda organização da sociedade, da produção e do consumo, da política, à legislação e à cultura (BARRETO, 2004).

este que colocava em nível hierárquico superior a figura do pai sobre a mãe, no chamado patriarcalismo. Nesta época, o pátrio poder representava um poder absoluto, podendo decidir inclusive sobre a vida e a morte dos filhos (OLIVEIRA, 2008 *apud* SOLDÁ; MARTINS, 2010).

Ferry (2012) versa que na Idade Média eram recorrentes atos de descuido, eivados de desamor, das famílias que contribuía para a mortalidade, o que demonstrava a falta de afetividade e zelo dos pais para com os seus filhos. Logo após o nascimento, era comum que as crianças das camadas mais nobres fossem entregues às amas ou eram simplesmente abandonadas nos campos ou nos estábulos juntos aos animais. Para aquelas que não sofriam tal separação logo ao nascer e eram criadas junto à família, havia o risco de serem esmagadas ou sufocadas pelos genitores durante a noite, pelo hábito de colocá-las para dormir na mesma cama que os pais. Este risco previsto, calculado e recorrente comprova a falta de amor decorrentes do descuido e desatenção à vida da prole. A morte de uma criança na maioria dos casos era tratada de forma menos gravosa que a morte de um porco ou um cavalo. Além disso, as crianças serviam como força de trabalho e, logo cedo, se misturavam aos mais velhos para aprender a executar tarefas lucrativas. Desse modo, havia um interesse por parte dos genitores em ter filhos do sexo masculino, já que ter uma mulher não era economicamente vantajoso.

Faz-se mister enfatizar que o mesmo autor supramencionado destaca que o amor parental não é uma construção instintiva do ser humano, como se vislumbra na contemporaneidade. A evolução ou mesmo criação do amor parental surge justamente no momento em que os matrimônios deixam de ser atos obrigacionais da vida civil, com a finalidade procracional e com cunho notoriamente religioso, político e econômico, arranjos pelas conveniências, determinações, tradições ou costumes familiares. Assim, passam a ser um contrato afetivo volitivo, orientado pelo amor e afeto espontâneo entre o casal. A afeição pela prole torna-se algo precípuo e inexorável, sendo os filhos não mais frutos de um arranjo familiar, mas sim do afeto norteador dessa relação, constituindo um verdadeiro objeto materializado do amor.

A família brasileira do século passado estava organizada, legal e socialmente, sob a ótica patriarcal e hierarquizada, fundada na autoridade paterna, caracterizada pela supremacia da figura do homem como chefe da relação conjugal, comandante da mulher e dos filhos. A única forma que se tinha para a formação familiar era por meio do casamento, fazendo com que a família não fosse um núcleo de amor, mas

de produção econômica, já que para manter ou aumentar o patrimônio os pais arranjavam um bom casamento para seu filho, sem se preocupar com os sentimentos (MALUF, 2012).

Neste sentido, Pereira (2011) aponta que a família contemporânea não está mais fundamentada na dependência econômica, e sim na cumplicidade, na solidariedade mútua e no afeto que une os membros da instituição familiar. A família pós-moderna é a representação imagética da realização pessoal, individual e coletiva. Assim, as funções atuais intercambiaram-se em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procracional, anteriormente desempenhados pela instituição familiar.

A promulgação do Código Civil Brasileiro em 2002 representa um marco histórico para o Direito de Família, que até então, segundo Maluf (2012), detinha um caráter voltado estritamente aos interesses patrimoniais nas relações familiares. O Código Civil de 1916 reforçava o caráter patrimonialista da Família, a chamada família instituição. Somente com o advento do Código Civil de 2002 houve a quebra do patrimonialismo e, com isso, a família passou a ser enxergada como instrumento de concretização da dignidade de seus membros.

A ampliação do conceito de família, não mais ligada exclusivamente ao laço do casamento clássico, mas definida, principalmente, pela afetividade, tornou fundamental e necessário o estudo acerca do tema, assim como sua contextualização histórico-evolutiva. O modelo clássico de família, formado pela união estável entre o homem e a mulher, que inclusive encontra-se positivado na Constituição Federal Brasileira de 1988, art. 226º, § 3º, evoluiu. Para Dias (2013), o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto.

Indissociável à evolução na formação da família, num contexto histórico-evolutivo, que passa a ser orientada pelo afeto (amor) e não mais pela conveniência (arranjo), Ferry (2012) afirma que a prole passa a ostentar o *status* de objeto do amor conjugal. Esse amor nutrido e investido retira a criança do universo econômico familiar e a conduz ao patamar de sujeito de direitos, desde a sua concepção até o nascimento. Desse modo, a criança é elevada ao *status* de cidadã.

No entendimento de Maluf (2012), a proteção dos direitos fundamentais da criança, sobretudo, o do afeto e da convivência familiar, visa estabelecer e instrumentalizar seu melhor interesse. Neste momento, a prole passa a ter tanto

valor, que deixa de ser coisificada, tendo um preço determinado, para ser personificada, assumindo o papel de elo e manutenção da instituição familiar, agora regida pela afetividade que une pais e filhos.

Essa ressignificação das relações filiais, orientadas pelo afeto, promovem mudanças significativas em relação a toda organização familiar e social. Ferry (2012) observa que uma das mudanças mais notórias foi uma redução sensível da prole no último século. Isso ocorre justamente em decorrência da afetividade, cuidado e zelo, o que resulta em uma oneração financeira na criação dos filhos, pois os pais passam a ofertar melhores condições, oriundos do verdadeiro amor parental. Neste ínterim o desejo de proteção dos pais em relação à prole constitui o ato de vontade que norteia a construção de princípios gerais de direito.

No entendimento de Rosa (2015), afeto que foi causa para as transformações sociais, familiares e filiais, passa a ser consequência e exigência precípua dessas relações, que constituem os Princípios do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, da Melhor Convivência Familiar e da Solidariedade Familiar. Todos estes sacramentados constitucionalmente no art. 227, da Carta Magna de 1988, que passou a ser denominado doutrinariamente de Princípio da Proteção Integral do Menor.

Ainda para o autor supracitado, trata-se de um caminho de mão dupla, pois direitos são reconhecidos e deveres são impostos, não se podendo ignorar que seu exercício se concentra no interesse da criança ou adolescente. Desta forma, o poder familiar é um direito e também um dever dos pais em relação aos seus filhos, não se limitando à educação formal ou aos cuidados físicos, mas estendendo-se com a finalidade de proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades.

As mudanças vão ocorrendo ao longo do tempo, motivadas tanto pelos anseios da sociedade, como também, pela positivação normativa. Embora, a relação afetiva entre os genitores e seus filhos seja algo evolutivo, á medida que os casamentos passaram a ser realizados considerando o sentimento amoroso do casal, faz-se necessário que haja uma proteção anteparada pelo Direito, em casos de qualquer necessidade de judicialização de demandas, como salienta Rosa (2015).

Neste aspecto, Maluf (2012) destaca que o estudo do Direito de Família requer uma análise multidisciplinar das relações parentais. Para a antropologia, o homem, desde os tempos mais pretéritos, agrupou-se em núcleos familiares, tanto

pelo caráter gregário, quanto para proteção e perpetuação da espécie. A filosofia avaliou que o papel do amor não é função do espírito nem instinto de unidade, mas um artifício da natureza para a preservação da espécie. Já a psicologia contemporânea analisa o homem numa visão holística e integrativa, avaliando suas atividades por meio da sua relação em sociedade e com o meio ambiente.

O Direito, especificamente o de Família, mergulha na interdisciplinaridade com outras ciências para promover a regulação através de diplomas legais, amplos e capazes de regular as relações, buscando a concretização dos fatores axiológicos da sociedade, numa visão teórica tridimensional do direito³, conceituada por Miguel Reale. Neste ponto surge uma crítica quase que espontânea à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que preza por uma descrição neutra e objetiva do fenômeno jurídico. O autor procura desvincular o Direito de todos os elementos que lhe são estranhos, pertencentes a outras ciências, como a antropologia, a filosofia a psicologia, a sociologia etc. (EBAID, 2008).

Pela universalidade das mudanças, decorrente da revolução do amor, Ferry (2012) ressalta que o Direito de Família tem total ligação com os Direitos Humanos e é marcado pela adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo – em 20 de novembro de 1989, Assembleia Geral das Nações Unidas, tornando documento oficializado como lei internacional. No Brasil, no ano seguinte, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, foi promulgada tal convenção.

Sendo assim, o afeto ou amor alcança no mundo jurídico o *status* de direito fundamental e personalíssimo de todo ser humano. Além de está pautado no princípio da afetividade e ter ligação com os direitos humanos, este direito fundamental é objeto protetivo de Convenções e Tratados Internacionais (MALUF, 2012).

Essa conceituação contemporânea e pós-moderna do amor, que promoveu a união conjugal voluntária e contratual de vontades, acarretou também na facilitação da dissolução. Assim, surge a necessidade de promover e regular as formas pelas

3

A concepção tridimensional de Miguel Reale, é em função da íntima tensão fato-valor que se põe a norma. Deste modo busca que a norma seja interpretada buscando alcançar o seu sentido por meio de um processo valorativo, tendo por base a realidade dos fatos e seu contexto social (EBAID, 2008)

quais os bens materiais e imateriais, neste caso específico a prole, constituídos pelo casal ao longo do seu enlace, devem ser tratados a partir de tal desenlace.

Em contraposição à condição da prole, como objeto do amor conjugal personificado e materializado, quando ocorre à dissolução desse vínculo afetivo entre os consortes acaba afetando a relação entre pais e filhos. Defende Rolf Madaleno:

Amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta desse contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada (MADALENO, 2008, p. 379).

O dito popular que afirma que amor e ódio andam juntos é aplicável às situações de dissolução conjugal. Entretanto, os fatos motivadores da desinteligência do casal devem ficar adstritos ao relacionamento conjugal e não deve refletir sobre a prole, uma vez que o fim do relacionamento conjugal não interrompe o laço parental, pois o mesmo está fundamentado na socioafetividade.

3 FIM DO RELACIONAMENTO E REFLEXOS EM RELAÇÃO À PROLE

Para se tratar acerca do término do relacionamento matrimonial, é importante, por questões didáticas, começar pelo seu fato gerador, que é a união conjugal. O casamento, no sentido lato, é definido como a união entre pessoas de sexos opostos e é um instituto tão antigo quanto à própria humanidade. Contudo, suas motivações e arranjos familiares e/ou conjugais foram sofrendo uma metamorfose adaptativa ao longo dos séculos. Como já visto anteriormente, de acordo Ferry (2012), em tempos mais pretéritos os motivos do casamento eram a linhagem, a economia e a biologia, desconsiderando todo e qualquer sentimento. Somente recentemente, após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, o casamento por amor passou a ser uma regra, o que o autor denominou de Revolução do Amor.

O mesmo autor supramencionado faz um brilhante esforço histórico sobre a invenção do casamento por amor, percorrendo as sociedades e elucidando a ideologia vigente e a finalidade matrimonial em cada época. Os casamentos de

outrora não eram baseados no amor, muito embora pudessem acontecer casos em que este sentimento estivesse presente ou até mesmo fosse posteriormente desenvolvido. Dados historiográficos demonstram que os casamentos eram arranjados pelas famílias, sem o real consentimento dos filhos, pautados pela conveniência social e econômica.

De acordo com a Teoria Criacionista bíblica, o primeiro casal da Terra foi formado por Eva e Adão que foram, segundo o livro do Gênesis, colocados por Deus no jardim do Éden para procriar e promover o povoamento da Terra. Pela forte conotação econômica que o casamento simbolizou no passado, em virtude da união de patrimônios de famílias, a sua dissolução sempre foi obstaculizada.

Inicialmente, seguindo a dogmática religiosa, o instituto do casamento sempre esteve ligado ao ideal de união inseparável, para toda a vida, até que Deus os separe. Esse conceito foi eternizado na célebre frase: “O que Deus uniu o homem não pode separar”, ditas pelas autoridades eclesiásticas, que costumeiramente celebram tais cerimônias. A indissolubilidade do casamento elevada a dogma continua positivada no Código Canônico, o que parece inacreditável tal concepção em tempos contemporâneos (GAGLIANO; FILHO, 2010).

Já o segundo momento, os autores destacam que foi marcado pelos aspectos jurídicos civilistas que estabeleciam regras dificultosas para o desenlace matrimonial, com o estabelecimento do desquite, da separação conjugal e do divórcio, sendo os dois primeiros termos em desuso no Brasil, decorrente das mudanças legislativas.

Segundo Ferry (2012), o casamento sofreu diversos “ataques” da sociedade ao longo da história, sobretudo, na contemporaneidade, onde a mulher, inicialmente, submissa ao homem, ascende no mercado de trabalho, na participação social, nas decisões familiares e, algumas vezes, se sobrepõe ao parceiro colocando-se como chefe de família. Estes e outros aspectos considerados desagregadores da própria família se fizeram presentes nas sociedades de todo o mundo, desde os tempos passados até os hodiernos. Desse modo, instituíram-se, ao longo do decurso histórico, formas jurídicas de dissolução do casamento. Para o autor, quando surge o casamento por amor na Europa, quase que imediatamente inventa-se o divórcio.

Vale salientar que o uso do termo casamento não deve ser entendido no aspecto restrito ao procedimento, mas sim como sinônimo de união conjugal. Em face disto, a união estável passou a ter proteção constitucional como formador de

família, da mesma forma que a monoparentalidade, consoante exegese do art. 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

No Brasil, a Lei 6.515 de 26 de Dezembro 1977, instituiu as formas jurídicas da dissolução da sociedade conjugal pelo desquite, que posteriormente passou a ser denominado de separação judicial, e, por fim, de divórcio, que dissolve o próprio vínculo matrimonial, estabelecendo normas e prazos para tais ações. Essa Lei é conhecida até hoje como Lei do Divórcio e da Separação Conjugal, muito embora também discipline outras matérias, pertinentes ao Direito de Família, como a guarda dos filhos, a isonomia da filiação e o uso do nome (GAGLIANO; FILHO, 2010).

Num processo de avanço legislativo, com as Leis 7.841 e 8.408, em 1989 e 1992 respectivamente, foram alteradas algumas das condições instituídas pela Lei do Divórcio e da Separação Conjugal que colocaram fim no termo desquite, substituindo por separação conjugal e estabelecendo critérios da conversão desta em divórcio. Em 2007, a Lei 11.441 institui a forma administrativa, via cartório, e não mais judicial da realização da separação e do divórcio cada vez mais frequentes na nossa sociedade. Para tanto, estabeleceu alguns critérios de inclusão para tal modalidade, tais como a consensualidade e a não existência de filhos menores 18 anos ou incapazes (FARIAS, 2013).

Em 2010, foi promulgada pelo Congresso Nacional, em 13 de Julho, a Proposta de Emenda Constitucional nº 66, que alterou o texto da Carta Magna sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos (GAGLIANO; FILHO, 2010).

Diante disso, em um curto espaço de tempo, em termos de evolução normativa jurídica, foram verificadas muitas mudanças na legislação pertinente à união e separação conjugal. Desde 1977, com a instituição da Lei do Divórcio e da Separação Conjugal, até a PEC 66/2010, ocorreram cinco mudanças acerca das normas de dissolução do instituto jurídico do casamento e com elas há uma reflexão sobre as medidas e modalidades adequadas a serem estabelecidas para a guarda e o exercício do poder familiar em face de uma eventual prole.

Paralelamente a todas essas formas que foram sucintamente apresentadas, há um fato crucial no desenrolar da dissolução conjugal, que é a consensualidade ou não ao fim do relacionamento afetivo. Para que ocorra a união conjugal é necessário que haja o consentimento mútuo, ou seja, o casamento é um ato eminentemente

consensual, sendo inclusive o vício de consentimento razão de anulação do casamento ou união conjugal em sentido amplo. Entretanto, anteparado nos direitos fundamentais e personalíssimos, a dissolução conjugal é um direito potestativo e, desta forma, não requer consentimento da outra parte para se materializar, gerando um processo litigioso de dissolução da união conjugal. De acordo com Rosa (2015), a liberdade de casar convive com a mesma liberdade de não permanecer casado. Sendo assim, as espécies de dissolução do vínculo conjugal são classificadas na doutrina como consensual, quando há um acordo ou uma conciliação volitiva das partes. De forma antagônica, quando não há o ajuste de vontades, ocorre então a dissolução judicial ou litigiosa.

Maluf (2012) ressalta que quaisquer das modalidades a serem percutidas processualmente não afastam o vínculo familiar de ambos os genitores em relação à prole. Como foi exposto anteriormente, o que os une é a afetividade e esta é um direito fundamental das partes, sobretudo, quando existem filhos menores de idade que devem ser integralmente protegidos.

A separação litigiosa apresenta um caráter combativo, onde há uma animosidade entre a sociedade conjugal em dissolução, ocasionada muitas vezes por motivo do desajuste da vida matrimonial, traição, perda da afetividade, dentre outros, entre os cônjuges. Esse fator desagregador da vida marital (horizontal), em sede de separação, pode, equivocadamente, recair sobre a relação filial (vertical), fazendo com que os pais descarreguem suas frustrações e aborrecimentos na sua prole. Como afirma Rosa (2015), isso pode ocasionar os fenômenos da alienação parental e/ou do abandono físico, material, psicológico e, sobretudo, afetivo.

Decorrente da separação conjugal, o exercício do poder familiar e a consequente guarda dos filhos são, indubitavelmente, os maiores problemas e desafios enfrentados pelo direito da família e pela sociedade, na visão de Soldá e Outramari (2011). Neste ínterim, surgem questões alheias à defesa dos interesses do menor, que podem vir a macular a relação entre prole e genitores, bem como gerar um distanciamento entre estes.

Atualmente, conforme leciona Rocha (2009), embora ainda se encontre positivado a expressão Pátrio Poder em alguns dispositivos legais, a doutrina e o entendimento de igualdade de direitos entre pai e mãe tornou o termo defasado e, inclusive, preconceituoso, sendo devidamente substituído pelo termo Poder Familiar, que pode ser exercido pelo pai ou pela mãe de forma isolada ou compartilhada. É

válido enfatizar que a forma estabelecida deve sempre atender aos interesses do menor.

Não obstante, o poder familiar não tem mais a mesma concepção de poder absoluto, exercidos pelos pais sobre os filhos, como antigamente. Hoje é concebido como um poder centrado e amparado na afetividade, no respeito e no bem estar da criança ou do adolescente. Embora relativamente incapazes civilmente, os menores são sujeitos de direitos, sobretudo, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, instituídos pelo art. 227, da Constituição Federal e presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (SOLDÁ; OLTRAMARI, 2011).

Pereira (2011) aponta que nem sempre a prole está classificada na faixa etária da menoridade quando a relação conjugal é dissolvida. Porém, perdura o vínculo de parentalidade, independente da faixa etária dos filhos, uma vez que este se fundamenta na afetividade e não no *status* marital dos genitores. Ainda que o comprometimento com a função parental ou poder familiar no tocante ao suprimento dos recursos materiais cesse com a maioridade ou emancipação, o direito à afetividade é imprescritível por ser equiparado a um direito fundamental.

Rosa (2015) ressalta que todo direito fundamental gera um correspondente dever de igual categoria. Assim sendo, a afetividade é um direito inalienável, indisponível e irrenunciável, tanto para filhos como para os pais. Dessa forma, o poder familiar somente será extinto com a morte dos pais ou filhos, ou então por meio de medida judicial que declare a perda do mesmo.

Consagrado no conhecimento popular que exista somente ex-marido e ex-esposa, mas nunca ex-filho, o que se observa na prática é que, após o desenlace conjugal entre casais heterossexuais com filhos menores, a mãe assume, praticamente, todo o vínculo de afetividade em detrimento do pai. A figura paterna se torna apenas um financiador e expectador da vida dos filhos. Esta prática acontece por pautar-se no exercício do poder familiar, materializado através da guarda de forma unilateral, como acontece na maioria dos casos. Isso ameaça o direito fundamental da afetividade entre pai e filho, propiciando o surgimento da alienação parental, conforme salienta o mesmo autor referido.

Neste contexto, surge o conceito de guarda compartilhada, como forma de assegurar e garantir o direito fundamental da afetividade para pais e filhos, mesmo após a separação conjugal.

4 GUARDA COMPARTILHADA

Antes de adentrar especificamente ao instituto da guarda compartilhada, faz-se necessário uma breve conceituação desta modalidade com o intuito de distinguir suas características em relação às demais práticas.

A guarda dos filhos já existe dentro da família, pois é um dos atributos do poder familiar que os pais exercem sobre os filhos menores de idade, que de acordo com o Código Civil de 2002, se refere à idade inferior a 18 anos. O art. 1.631 do Código Civil 202 dispõe que compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (SOLDÁ; MARTINS, 2010).

Como já foi dito, pai e mãe atuam com igualdade de direitos e deveres, na proporção das suas possibilidades e na busca da efetivação do melhor interesse do menor no exercício do poder familiar. Vale destacar, que esse exercício do poder familiar não se dissolve e nem é modificado com a dissolução conjugal, consoante disposição do art. 1634 do Código Civil que, alterado pela Lei 13.058 de 2014, instituiu que compete a ambos os genitores, qualquer que seja a sua situação conjugal o pleno exercício do poder familiar quanto aos filhos exercer a guarda unilateral ou compartilhada.

Assim sendo, a lei civil brasileira, ao tratar da proteção da pessoa dos filhos, estabelece somente duas hipóteses em derredor do instituto da guarda, sendo admitida somente a modalidade unilateral ou compartilhada. Todavia, existem de modo infralegal, formas mistas e que muitas vezes levam a conceitos equivocados sobre os tipos legais de guarda, tais como a guarda alternada e a guarda nidal (ROSA, 2015).

A guarda unilateral, de mais fácil compreensão, é aquela que é atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua. Contudo, segundo o autor supracitado, a guarda compartilhada não pode ser entendida como antônimo de guarda unilateral, uma vez que é caracterizada pela responsabilização conjunta e pelo exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto,

concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, conforme positivado no art. 1.583 do Código Civil, cuja redação foi modificada pela Lei 11.698/2000.

Ainda no entendimento de Soldá e Oltramari (2011), a guarda compartilhada pauta-se pela divisão de decisões e responsabilidades entre os genitores, e não somente pela presença física destes na vida dos filhos. Sendo assim, é possível que haja guarda compartilhada entre pais que moram em cidades, estados ou até mesmo países distintos. É importante, nesses casos, que essa modalidade mantenha a característica dos genitores tratarem em conjunto às responsabilidades (direitos e deveres) para com os seus filhos, decorrentes da paternidade e maternidade.

A alternância de moradia não é condição *sine qua non* para a existência da guarda compartilhada, embora o exercício e a divisão de tempo entre os pais seja algo que pode ser estabelecido. Os autores ainda destacam que nem sempre, mesmo sendo possível, é conveniente que haja uma alternância de moradia, pois, a depender do caso concreto, colidem com o melhor interesse do menor.

Rosa (2015) assevera que a guarda unilateral, nos termos do art. 1583, 1º do Código Civil Brasileiro, consiste na atribuição exclusiva a somente um dos genitores, ou alguém que os substitua, da custódia física do filho e também de todo o poder decisório derredor das questões relativas à vida da prole.

Com o advento da Lei 13.058 de 2014, a guarda unilateral, que era regra, passou a ser excepcional, sendo aplicada somente para os casos onde um dos genitores manifesta sua intenção de não exercer o poder familiar, ou ainda nos casos de incapacidade civil para tal feito. Quando ocorre de um dos genitores demonstrar não ter a intenção de participar mais ativamente da vida do filho, o autor supramencionado enfatiza que é salutar que o promotor, magistrado e toda equipe interdisciplinar investiguem os reais motivos, com o intento de reduzir o quadro de alienação parental instalado nas relações familiares em que os pais são separados.

A alteração legislativa visou maximizar o percentual tímido de 6,8% dos filhos de casais separados que viviam sob o regime de guarda compartilhada em 2013, segundo dados apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Essa mudança na legislação referente à determinação da guarda unilateral como via restritiva foi extremamente positiva, uma vez que sua fixação acirra o litígio, quando um dos genitores tem cerceado o convívio cotidiano com o filho. Farias (2013) demonstra a existência de uma angústia que fere pais e filhos, que somente podem

ter um convívio quinzenalmente e, mesmo assim, limitado por meras quarenta e oito horas. Para o autor, essa limitação acaba consolidando o pai como um mero visitante, e, com o passar do tempo, ele se torna um estranho para o filho.

A medida se deu em defesa do direito à afetividade, por meio do aumento do grau de comprometimento e envolvimento de ambos os genitores nas questões relacionadas à vida da prole. Além disso, paralelamente, contribuiu, para combater o crescente número de casos de síndrome da alienação parental⁴ (ROSA, 2015).

O conceito de guarda alternada consiste na alternância da guarda física e dos seus reflexos sobre a vida da prole, pelo período convencionado pelos genitores. Trata-se de uma miscigenação, não prevista na legislação pátria, entre a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Nesta subespécie, os pais compartilham a guarda dos filhos por revezamento. Porém, no lapso temporal que exerce essa modalidade, a configura de forma unilateral, ou seja, sem o compartilhamento das decisões acerca da vida do filho (VELLY, 2011).

Ainda de acordo com a autora, a variedade de espécies de guarda é diversas vezes tentada por casais cuja guarda compartilhada tenha sido decretada em juízo e que buscam equacionar da melhor forma possível o tempo e o contato físico entre pais e filhos. É muito comum a existência de uma visão equivocada entre essa subespécie e a própria guarda compartilhada por grande parte da sociedade, inclusive por alguns operadores do Direito, que acreditam que para que exista o compartilhamento da guarda é necessário que haja a alternância ou revezamento. No entanto, isso não é verdade.

Na visão de Rosa (2015), a guarda alternada é objeto de crítica entre os especialistas, que afirmam que ela pode gerar na criança ou no adolescente uma perda de identidade, uma falta de referência do ambiente domiciliar e uma confusão sobre qual rotina deve ser seguida e quais as tarefas a serem cumpridas, sobretudo, na mais tenra idade. Essa alternância inflexível reflete um sentimento de egoísmo

4

O termo Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi definido por Richard Gardner em 1985, nos Estados Unidos, como um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, feita pela própria criança e que não tem nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. (ROSA, 2015).

dos pais que passam a tratar os filhos como objetos, como bens, que diante da impossibilidade de divisão passam a usá-los alternadamente. Por esse motivo o autor afirma que essa modalidade ou subespécie também é conhecida como filho mochila.

Em razão das críticas à guarda alternada, existe a chamada guarda nidal, como já foi mencionada. Etimologicamente, o termo nidal deriva do latim *nidus*, que significa “ninho”. Portanto, a guarda nidal é entendida como uma modalidade que traz consigo a propositura do filho permanecer no “ninho”, isto é, na casa original do casal, enquanto os pais revezam/alternam sua permanência no imóvel em períodos iguais. Apesar de não possuir nenhum tipo de vedação, este tipo de guarda é pouco comum, uma vez que, por razões práticas e financeiras, é de difícil estabelecimento. (PEREIRA, 2011). Caso exista um consenso e capacidade econômica para suportar a manutenção de tal subespécie de guarda, Rosa (2015) pondera que o juiz pode homologar tal acordo, o que segundo especialistas, é bastante positivo, pois, o filho usufruirá de uma estruturação da sua vida material e domiciliar, com a presença dos genitores de forma frequente e alternada. Antagonicamente ao modelo do filho mochila, na guarda nidal os filhos estão no centro dos interesses e os pais passam a ser coadjuvantes nessa relação.

A guarda compartilhada foi positivada na legislação brasileira somente em 2008 com a Lei n. 11.698, que modificou os arts. 1.583 e 1.584 da codificação civil. Entretanto, mesmo antes da alteração legislativa, a iniciativa infralegal já era vivenciada entre muitos casais, sendo, inclusive, alvo de algumas decisões judiciais em vários Estados do Brasil (SOLDÁ; MARTINS, 2010).

Afirma ainda, os mesmos autores, que encontram-se precedentes relacionados à *vacatio legis* acerca da guarda compartilhada nos enunciados da I Jornada de Direito Civil, no ano de 2002, que visava elucidar o conteúdo do então Novo Código de Civil Brasileiro que entraria em vigor no ano seguinte, 2003. O enunciado 101 da referida jornada trouxe uma interpretação ampliativa do art. 1.583 do Código Civil, podendo compreender tanto a guarda unilateral como a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. Em 2006, ainda antes da positivação da guarda compartilhada, a VI Jornada de Direito Civil entabula mais um enunciado, o 335, sugerindo o estímulo à guarda compartilhada e a utilização da mediação e da orientação multidisciplinar. Nota-se que a positivação jurídica da guarda compartilhada em 2008 foi tardia, posto que sua

prática já vinha sendo utilizada antes mesmo de entrar em vigor o novo Código Civil, através do enunciado 101 de 2002, e, inclusive, recomendada através do enunciado 335 de 2006.

A lei 11.698/2008 trouxe a previsão civilista da guarda compartilhada, estabelecendo alguns critérios e condições para a sua realização. Porém, a lei não teve sua eficácia convalidada, pois, apenas 6,8% dos casais que separavam até 2013 optavam por esta modalidade de guarda (IBGE, 2013).

Recentemente, em 2014, foi realizada mais uma alteração legislativa no tocante à guarda compartilhada, como aponta Rosa (2015). O legislador impulsionou a prática desta modalidade, por meio da Lei 13.058, estabelecendo que, nos casos em que não há um acordo consensual entre os pais no que concerne à guarda do filho, será aplicada a guarda compartilhada. Isso representou um aumento no exercício desse tipo de guarda, já que, anteriormente, ela era definida somente se houvesse um consenso entre ambas as partes. Sendo assim, inverteu-se a ordem dos fatores, caso os genitores não cheguem a um acordo ou não manifestem não desejar a guarda, será estabelecida a modalidade compartilhada.

Não obstante, cabe destacar que o Código Penal Brasileiro (CPB) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) já previam o dever dos pais de sustentar os seus filhos. Sua omissão, sem justa causa, é tipificada como crime de abandono material, nos termos do art. 244 do CPB. Além disso, ainda existe o instituto do abandono intelectual, que se configura pelo não provimento da instrução primária por parte dos pais aos filhos em idade escolar, conforme art. 246 do CPB.

Assim sendo, Pereira (2004) assegura que a função da guarda compartilhada não é o de coibir o abandono material ou intelectual, posto que isso já está positivado na norma criminal, que tem poder coercitivo mais contundente, devido a natureza penal. O propósito é, portanto, promover o bem-estar da criança ou do adolescente, garantir a manutenção da afetividade em relação aos progenitores e permitir a participação de ambos na vida dos filhos, com a finalidade de manter a convivência familiar, direito da criança e do adolescente, coadunado com o Princípio do Melhor Interesse do Menor, consagrado no ECA e pacificado jurisprudencialmente.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem sua gênese na transformação estrutural familiar pós-moderna, através da qual se desassociou da função econômica para ser materializada como um núcleo de companheirismo,

amor e afetividade. Este princípio não é uma criação brasileira, mas sim de Direito Internacional que se consubstanciou em uma Declaração de Princípios, como o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

Ainda segundo Pereira (2004), as concepções dos princípios, diferentemente das regras, não possuem conceitos predeterminados e devem ser aplicados *prima facie (lato senso)*. Por isso que o conceito de Melhor Interesse é um princípio mutante que pode sofrer mudanças no tempo e espaço. Assim, quando se vislumbra na guarda compartilhada o instrumento de concretização do Melhor Interesse do Menor não existe uma fórmula fixa de como obter esse melhor, pois, dependerá da subjetividade de cada caso. No entanto, Soldá e Martins (2010) apontam que as vantagens oriundas da guarda conjunta são evidentes, uma vez que prioriza o melhor interesse dos filhos, o poder familiar e a diferenciação das funções relacionadas à prole serão divididas entre os pais, de modo que a proporção permita cada um desempenhá-las da melhor maneira possível. Dessa maneira, ambos participarão ativamente do processo de criação, não ficando um dos genitores como mero coadjuvante, contribuindo apenas com os alimentos e tendo como recompensa o direito à visita.

Para Rosa (2015), a modalidade de custódia conjunta consagra a responsabilidade e a cooperação diária dos pais na criação e na educação dos filhos menores, fazendo com que estes participem de todas as decisões relacionadas à prole, de forma mais igualitária. Essa é a proposta da guarda conjunta, manter os laços parentais eivados de afetividade e fazer com que os pais estejam presentes de forma mais próxima na vida dos seus filhos, mesmo desfeita a sociedade conjugal. O não rompimento dos laços filiais, a presença física e, sobretudo, afetiva são os objetivos precípuos do compartilhamento do poder familiar.

Dias (2013) destaca que muitas vezes os processos de separação conjugal são conturbados e litigiosos, causados por procedimentos imorais que leva um dos cônjuges a antagonizar o sentimento de afetividade em relação ao outro. Isto pode vir a ser uma causa para a alienação parental. Segundo a autora, embora a guarda compartilhada não garanta a não ocorrência de tal fenômeno, é vista como uma forma de coibir sua existência e perpetuação.

No entendimento de Rosa (2015) é inequívoco que o estabelecimento da guarda compartilhada apresenta aspectos positivos, pois mantém e até estreita os

vínculos entre pais e filhos, evita, em grande medida, a síndrome da alienação parental, auxilia na criação e educação, bem como, mantém os vínculos com as famílias e as referências materna e paterna.

A guarda compartilhada tem sua finalidade materializada quando ocorre a soma dos esforços e contribuição dos pais, na proporção de suas possibilidades, a fim de atender as demandas dos filhos, em ambiente harmônico e saudável, de modo que haja equilíbrio nas decisões relativas à prole. Isso reflete na família que as crianças e os adolescentes reconhecem como tal. Tendo atingindo estas finalidades precípuas, a guarda compartilhada torna-se também um importante instrumento na defesa dos direitos fundamentais, tal qual o afeto familiar, servindo de alicerce ao Princípio do Melhor Interesse do Menor.

3 CONCLUSÃO

Tornou-se clarividente que a escalada evolutiva do afeto nas relações sociais em geral, com primazia para as familiares, contribuiu de modo decisivo para que esta adquirisse status de direito fundamental. A relevância jurídica deste direito fundamental torna-se o norteador da constituição familiar na pós-modernidade, em detrimento dos vínculos sanguíneos e biológicos de tempos pretéritos. Com efeito, novos arranjos familiares passam a ser orientados pelos laços de afetividade e a ter proteção constitucional.

O afeto como direito fundamental coloca fim ao mito dos genitores como meros financiadores da prole. Todo direito gera por sequência um dever, e os deveres de assistência material e intelectual soma-se ao afetivo dos pais em relação aos filhos. Mesmo quando ocorre a ruptura dos laços conjugais não há a descontinuidade ou desafetação obrigacional afetiva dos ascendentes e, para estabelecer essa continuidade, se faz necessário verificar, nessas situações, qual a melhor opção de guarda dos descendentes, quando menores ou incapazes.

Dentre as modalidades previstas legalmente no Brasil, unilateral e compartilhada, é perceptível que a forma conjunta atende melhor ao princípio da afetividade. Este deve ser o norteador das relações familiares por não excluir nenhum dos genitores das atribuições da criação da prole, estabelecendo-se um limiar para não confundir os institutos de dissolução conjugal com dissolução familiar.

Destarte, o compartilhamento da guarda pelos pais tornou-se a forma preferencial, estabelecida pelo Código Civil Brasileiro, que deve ser orientada para os casos de dissolução conjugal com filhos em menoridade ou incapacidade civil. Isto tem o escopo de atender ao princípio consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente do Melhor Interesse do Menor, visando dividir de forma equitativa as funções, responsabilidades e o tempo dos filhos com os pais, garantindo assim, o direito da criança ou do adolescente do convívio familiar.

Não obstante, coadunado ao princípio do Melhor Interesse do Menor, a guarda conjunta revela-se um importante aliado no combate à crescente síndrome da alienação parental, pois não retira do foco das decisões a participação de ambos da vida da prole.

Dados estatísticos demonstram ainda a presença de visão conservadora em relação à guarda no Brasil, embora haja um discreto crescimento da opção da guarda compartilhada, registrado em 6,8% no último levantamento de registro civil de 2013 (IBGE, 2013). A alteração legislativa que estabelece a preferência pela guarda conjunta mostrou-se eficiente, no sentido de vislumbrar o direito ao afeto e combater a alienação parental. No entanto, há ainda a necessidade de ser verificada a eficácia da mesma com a análise futura dos seus desdobramentos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Maria do Perpétuo Socorro Leite. Patriarcalismo e o Feminismo: uma retrospectiva histórica. **Revista Ártemis**, v. 1, p. 64-73, dez. 2004. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2363/2095>>. Acesso em 05 março 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. O Positivismo Jurídico de Hans Kelsen e o Papel da Axiologia Jurídica na Teoria Tridimensional de Miguel Reale. **Revistas Jurídica da Toledo Presidente Prudente**. v. 4, n. 4, p. 1-14, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1622>>. Acesso em 10 março 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Prospecções no Direito das Famílias: aventando hipóteses. In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da. (coord.). **Família e Sucessões Sob um Olhar Prático**. IBDFAM, Porto Alegre: Letra & Vida, 2013. p.22-25.

FERRY, Luc. **A revolução do amor**: por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBGE. Estatísticas do Registro Civil 2013. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf>> Acesso em: 07 março 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193-197,

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Dissertação (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 1-157. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1> Acesso em: 07 março 2015.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O Conceito de Família e suas Implicações Jurídicas**: teoria sociojurídica do Direito de Família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOLDÁ, Maria Angela; MARTINS, Paulo César Ribeiro. A Nova Lei da Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança. **Revista Jurídica**, v. 12, n. 23, p. 1-12, 2010. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/23/artigos/artigo08.pdf>. Acesso em: 07 março 2015.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Mediação Familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. **Revista Síntese de Direito de Famílias e Sucessões**, São Paulo, v.13, n.67, p. 106-123, ago/set. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.tjdf.tjus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/8784/Media%20familiar%20tentativa%20de%20efetiva%20da%20guarda%20compartilhada%20e%20do%20princ%20pio%20do%20melhor%20interesse%20da%20crian%20a.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 06 março 2015.

VELLY, Ana Maria Frota. Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, Porto Alegre, p. 1-21, 2011. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 06 março 2015.

AFFECTION AS FUNDAMENTAL RIGHT: the affection climbing the branches relations to joint custody.

ABSTRACT

The objective of this study is to investigate the doctrinal proposal to conceive affection as a fundamental right and its effects on family law, specifically in branches relations, its implications in cases of marital dissolution and the importance of shared custody. It adopted the narrative method, argumentative topic, supported by literature, organized into three topics. In the first, it is a historical foreshortening on the formation of families in primitive societies around the world and its evolution, as well as the way the affection (love) passes to guide such relationships, both in the marriage as filial respect. In the second, we analyze the developments resulting from marital dissolution from a legal point of view and in relation to offspring, especially regarding custody of minor children. In the third, it examines the existing guard models in the world and in Brazil, demonstrating the legislative developments about the institute and the filing of joint custody as a tool to serve the principle of the best interests of the minor and combat parental alienation.

Keywords: Affection as a Fundamental Right. Family Law. Shared Custody.