



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

**VIVIANE LIMA ALVES**

**GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO DE CONVIVÊNCIA  
HARMÔNICA NAS RELAÇÕES AFETIVAS**

Assis/SP  
2017

**VIVIANE LIMA ALVES**

**GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO DE CONVIVÊNCIA  
HARMÔNICA NAS RELAÇÕES AFETIVAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial de aprovação no curso de Direito, do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Aluna: Viviane Lima Alves

Orientador: Profa. Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida

Assis/SP  
2017

## FICHA CATALOGRÁFICA

A474g ALVES, Viviane Lima  
Guarda compartilhada como meio de convivência harmônica nas  
relações afetivas / Viviane Lima Alves  
.-- Assis, 2017.  
44p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-  
cional do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida

1.Guarda compartilhada 2.Direito de família

CDD 342.164

## VIVIANE LIMA ALVES

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao instituto municipal de ensino superior de Assis, como requisito do curso de graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Profa. Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida

---

Analisador:

---

ASSIS/SP  
2017

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, o qual me honrou a missão de concluir esta faculdade, e me fez acreditar que era possível a realização desse sonho e aos meus pais, por todo esforço e dedicação que terá comigo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, o qual me permitiu chegar até aqui. Sem ele nada disso teria acontecido. Agradeço a minha professora orientadora, muito querida por mim, Profa. Lenise, por toda ajuda, carinho e dedicação na formulação deste trabalho. Aos meus amigos que de forma direta ou indireta me ajudaram, na minha evolução acadêmica. A minha família que fizeram o possível e o impossível, o que estava ao alcance para que esse sonho se realizasse. E, por fim, e não menos importante, ao meu namorado, por toda ajuda, companheirismo, dedicação em me ajudar, todo o carinho e amor que me passou ao longo do trabalho e do curso de Direito.  
Muito obrigada!

## RESUMO

O Presente trabalho apresentará uma reflexão a cerca da guarda compartilhada, suas vantagens e efeitos, analisando as possíveis relações humanas que geram e criam um filho, as modalidades de dissolução, dessas relações e por fim, uma análise sobre a guarda, o surgimento da guarda compartilhada, seus efeitos jurídicos, sociais e culturais.

**Palavras-chave:** Guarda compartilhada; Direito; Família.

## **ABSTRACT**

The present work will present a reflection about the shared guard, its advantages and effects, analyzing the possible human relations that generate and create a child, the modalities of dissolution, these relationships and, finally, an analysis about the guard, the emergence of the guard Its juridical, social and cultural effects.

**Keywords:** Shared guard; Law; Family.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. DAS RELAÇÕES HUMANAS QUE DECORREM FILHOS.....</b>	<b>12</b>
2.1 CASAMENTO.....	12
2.1.1 Conceitos.....	13
2.1.2 Natureza Jurídica.....	13
2.1.3 Casamento Civil e Religioso.....	14
2.2 UNIÃO ESTÁVEL.....	15
2.2.1 Conceitos.....	16
2.2.2 Características.....	17
2.3 NAMORO.....	18
2.4 RELAÇÃO POLIAFETIVA.....	19
2.5 RELAÇÃO HOMOAFETIVA.....	20
<b>3. DA DISSOLUÇÃO DAS RELAÇÕES HUMANAS QUE GERAM FILHOS.....</b>	<b>22</b>
3.1 DIVÓRCIO.....	22
3.1.1 Proteção a pessoa dos filhos na separação judicial ou divórcio.....	24
3.2 SERAÇÃO JUDICIAL.....	24
3.3 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	25
<b>4. DA GUARDA COMPARTILHADA.....</b>	<b>27</b>
4.1 DA GUARDA.....	27
4.1.1 Modalidades de guarda.....	27
4.2 BREVE HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	28

4.3 A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA INOVAÇÃO.....	30
4.4 CONCEITOS.....	34
4.5 DAS VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	35
4.6 A GUARDA COMPARTILHADA NOS NOVOS CONCEITOS DE FAMÍLIA.....	37
4.7 GUARDA COMPARTILHADA NAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.....	37
4.7.1 A adoção nas relações homoafetivas.....	38
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>44</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal, o estudo da guarda compartilhada. Em primeiro plano, será abordado as possíveis relações humanas que podem gerar um filho, assunto este primordial para o trabalho, pois o estudo visa a compreensão do princípio do melhor interesse do menor, pois quando dessas relações há a dissolução conjugal, a prole ficará sob a guarda de um dos cônjuges.

Em segundo plano, irá analisar os casos em que, há o rompimento dessas relações conjugais, as modalidades previstas em nosso ordenamento jurídico. É a partir daí que surge a instituto da guarda.

No último capítulo será feito um estudo de guarda, especificamente a guarda compartilhada, quando surgiu, o motivo pelo qual foi necessário essa modalidade, a inserção da mulher no mercado de trabalho, na sociedade e as mudanças que essa evolução trouxe para o âmbito familiar, a análise das leis nº11.698/2008 e nº 13.058/2014. O estudo nas alterações dos artigos 1.583, 1.584 e 1.634 da lei de 2008, o conceito, as vantagens que a guarda compartilhada em casos de família homoafetiva, visando a função primordial, que é, a aproximação de ambos os pais na vida do filho, o vínculo afetivo permanente com o menor, e bom convívio entre todos envolvidos, para o bom desenvolvimento do menor.

## 2. DAS RELAÇÕES HUMANAS QUE DECORREM FILHOS

### 2.1 CASAMENTO

O casamento é uma das tradições humanas mais antigas do mundo, que decorre da união do homem e da mulher, tendo seus traços desde as sociedades primitivas, como observa Venosa (apud GAGLIANO, 2012, p. 113): “Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes mais nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva”, ou seja, o casamento naquela época estava bem longe de ter como finalidade a união por laço afetivo, no qual as pessoas não se casavam por livre e espontânea vontade, conforme seus sentimentos.

A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. (VENOSA apud GAGLIANO, 2012,p.113).

Neste sentido, destaca-se que:

[...] Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. (VENOSA, 2010, p. 14).

Com efeito, as transformações que sofreu a sociedade ocidental, com a incorporação de novos valores, afetaram sobremaneira a família e, em especial, esse modelo único institucionalizado do casamento, que passou a ser questionado. (VENOSA, 2010, p. 15).

Dessa forma, paralelo ao casamento religioso, emergiu um casamento estritamente civil, destinado a todos os cidadãos, independentemente de credo, consistentemente em um especial negócio jurídico embora a doutrina tradicional tivesse pruridos de assim o reconhecer, talvez por influência da

concepção sacramental religiosa, deflagrador de efeitos que os interessados desejassem obter. (VENOSA, 2010, p. 15).

Como se pode observar, houve grandes transformações no meio social e cultural no Brasil, com o passar dos anos, logo o instituto casamento foi envolvido nesta transformação. O Código Civil de 1916 trazia uma única forma de constituir família, que era através do casamento, tornando-o assim um negócio jurídico.

### **2.1.1 Conceitos**

Talvez uma das melhores e mais completas definições para casamento é a ofertada por Oliveira (2004, p. 125):

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

Diante do conceito apresentado, nota-se que o casamento é um instituto que possui tutela legislativa, uma vez que considerado negócio jurídico que tem grande importância pra o Direito de família, pois é á partir desse instituto que se abre as discussões á cerca dos direitos e deveres das partes.

### **2.1.2 Natureza Jurídica**

A Natureza Jurídica do casamento é muito discutida entre os doutrinadores, tendo suas opiniões divergentes, uma vez em que, o casamento, é relacionado com o Direito Privado, porém outros entendem que o Direito Público tem envolvimento com a instituição, no caso o casamento. Assim, como nos dizeres

de Gonçalves (2010, p.40): “Não há consenso, na doutrina, a respeito da natureza jurídica do casamento”.

Afirma-se, assim, que:

A concepção clássica, também chamada de individualista ou contratualista, acolhida pelo Código de Napoleão e que floresceu no século XIX, considera casamento Civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes. (GONÇALVES, 2010, p.40).

Portando nesta primeira corrente o casamento é visto como um contrato entre as partes, onde a vontade ímpar de cada um prevalece para que o negócio jurídico se faça.

Para Monteiro (apud Gonçalves,2010 p.41) o casamento constitui assim:

[...] uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas, normas e seus efeitos... A vontade individual é livre para fazer surgir à relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei.

A segunda corrente consagra que, mesmo o casamento nascendo da vontade das partes, o mesmo se torna um instituto social, uma vez que, é necessário um conjunto de regras e normas sancionado e reconhecido pela sociedade para que assim nasça o casamento. Para que haja a relação, a vontade das partes é livre, porém para que essa relação seja válida é necessária a aplicação da lei.

### **2.1.3 Casamento Civil e Religioso**

No Brasil, temos duas modalidades que caracterizam o casamento, religioso e

civil, o primeiro é realizado mediante autoridade eclesiástica, e o segundo é presidido por autoridade pública. Vale dizer que o matrimônio religioso não possui efeitos jurídicos, porém não há nada que impeça a realização do matrimônio civil.

Lisboa (2013, p.85) conceitua casamento civil como sendo: “[...] aquele presidido por autoridade pública investida de poderes legais para sua celebração” e conceitua casamento religioso como: “[...] a união matrimonial entre pessoas de sexos diversos entre si, desprovidos de autorização estatal, pois é celebrado tão somente perante a autoridade eclesiástica”. (2013, p. 86).

O casamento religioso, por não possuir nenhum tipo de efeito jurídico, se assemelha á união estável, possuindo os mesmos efeitos.

Além das duas modalidades á cima citadas, o nosso sistema jurídico é também adepto ao casamento religioso com efeitos civis, como observa Lisboa (2013, p.87: “[...] a união matrimonial entre pessoas de sexos diversos entre si, celebrados perante autoridade eclesiástica, autorizada prévia ou posteriormente pelo juiz de paz para a realização da cerimônia”).

E para finalizar, destaca-se que: Nosso direito anterior, na época do império, apenas reconhecia o casamento católico, por ser essa religião oficial do Estado. (VENOSA, 2010, p. 31)

Apenas no período republicano é introduzido o casamento civil obrigatório, pelo Decreto nº 181, de 24/01/1890, como consequência da separação da igreja do Estado, situação consolidada pela promulgação do Código Civil. (VENOSA, 2010, p.31).

O casamento civil só foi imposto após as grandes migrações de pessoas que professavam várias crenças, assim, podendo realizar casamentos de católicos e não católicos, sendo necessária uma lei para nortear esse instituto, nascendo assim o Casamento Civil.

## 2.2. UNIÃO ESTÁVEL

O instituto da união estável se faz pela união de dois cidadãos por um período considerado longo, sem nenhum negócio jurídico matrimonial, que por um grande período na história foi chamado de concubinato.

Assim, como observa Gonçalves (2010, p. 579):

A união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante um longo período histórico de concubinato. Como se nota, desde de muito tempo já existia essa relação de união, sem que houvesse o casamento de fato.

Para Monteiro (apud GONÇALVES, 2010, p. 579) Concubinato é: “o de vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento”.

Sendo assim, a denominação de União Estável só foi reconhecida após a vinda da Constituição Federal de 1988, na qual considerou união estável como família, trazendo para este instituto direitos e deveres igualmente válido ao casamento.

A Constituição Federal trouxe em seu texto o artigo 226 os dizeres que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (BRASIL, 1988).

Não obstante, trouxe no § 3.º do artigo 226 que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL, 1988).

Logo, com essa mudança trazida pela a Constituição a União Estável, passou a ter a garantia da proteção do Estado, sendo considerada entidade familiar, juntamente com o Código Civil que observa em seu texto legal que:

Art. 1723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradora e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

Com essas mudanças, o Direito de família sofreu uma grande evolução, a partir da constituição de uma família surge conseqüentemente, direitos às partes envolvidas, como por exemplos, os filhos. Assim, constitucionalmente não há



distinção de entidade familiar, ao se falar de união estável. Sendo assim, a união estável e o casamento possuem os mesmos fins.

### 2.2.1 Conceitos

Gagliano conceitua União Estável como sendo: “Uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família”. (2012, p. 426).

Deste modo, vê-se que o intuito da união estável é a constituição de uma família, tendo que ser esse relacionamento público, onde a sociedade tenha conhecimento do mesmo, não sendo necessariamente preciso a união entre homem e mulher de fato, podendo ser entre duas pessoas de sexo divergente.

Portando é notória a relação afetiva entre as pessoas, que simboliza e possuem as características de um casamento, que tem por distinção a ausência de formalidade para a sua constituição, enquanto o casamento é um ato solene, com o feito do contrato.

Ainda sobre o conceito de união estável, observamos o pensamento trazido por Diniz (2010, p.373):

União livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil, sendo uma relação pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que possa ser convertida em casamento por não ter impedimentos legais.

Ou seja, a união estável é junção de duas pessoas que se relacionam por uma questão afetiva, não estão ligadas por um casamento civil matrimonial, porém, não deixam de ser caracterizada como uma família, neste caso, até mesmo um namoro com o intuito de constituir família pode caracterizar união estável não sendo necessário o convívio sob o mesmo teto, tema que será abordado logo mais no presente trabalho.

### 2.2.2 Características

A união estável, como forma de constituição da entidade familiar não comporta um rito específico, como se dá com o casamento. É fruto da constatação, ao longo do tempo, da existência de alguns elementos, que somados, a caracterizam.

Gagliano (2012) elenca características fundamentais para a essência da união estável, vejamos:

Publicidade: A ideia de o casal se reconhecido socialmente como uma família, em uma convivência pública, é fundamental para a demonstração, eventualmente judicial, da existência de uma união estável. Essa demonstração deve ser evidente característica em meio à sociedade, para que se tenha ciência dessa união.

Em seguida, outras características trazida por Gonçalves, vejamos:

[...] esse é um elemento que permite diferenciar, á primeira vista, a união estável de um mero namoro.

É necessário um relacionamento contínuo, para que assim se evidencie de fato uma união estável e não somente um namoro. A estabilidade dessa relação é muito importante e marca uma das características da União Estável. É necessária a estabilidade dessa união, como observa Gagliano; convivência duradoura entre os sujeitos. Este elemento permite também diferenciar a união estável do fenômeno moderno da “ficada”. (GAGLIANO, 2012 p.436). Diante de tantas as características da união estável, uma se destaca, tendo um objetivo principal, que é a constituição de uma família, assim diz: (GAGLIANO, 2012, p.436). O principal e inafastável elemento para o reconhecimento da união estável, sem sobra de dúvidas, é o teológico ou finalístico: o objetivo de constituição de família.

Dentre de todas as características da união Estável, nota-se que, essa relação não é meramente um namoro, diante da durabilidade, e de suma importância que o intuito seja a constituição de uma família, e sendo tão importante quanto o casamento e tendo validade como família, assim como o casamento, os mesmos tem direitos e deveres aos seus companheiros, assim como prevê o artigo 1724 do Código Civil: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento, e educação dos filhos”. (GLAGLIANO, 2012, p. 436).

Como se observa, para que realmente haja a união estável é necessário que essa relação tenha algumas características únicas.

## 2.3 NAMORO

Dentre as relações que decorrem filhos, o namoro é um meio pelo qual está sujeito o nascimento de uma prole.

No entendimento de Gagliano (2012, p. 135) namoro é: “Mais sério do que um simples encontro casual, o namoro não se notabiliza simplesmente pelo o envolvimento sexual, mas também pelo comprometimento afetivo”.

É muito comum haver dúvidas, na configuração do namoro, em relação à união estável. De fato, a lei não conceitua o instituto do namoro, porém conforme os costumes e a moral evidenciaram essa relação. Nascendo assim, uma relação amorosa entre dois indivíduos. Em razão dessa dúvida entre a união estável e o namoro, criou-se o contrato de namoro, sobre qual Gagliano (2012, p. 136) destacou:

Trata de um negócio celebrado por duas pessoas que mantêm relacionamento amoroso- namoro, em linguagem comum e que pretendem, por meio da assinatura de um documento, a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável.

Percebe-se então, que o namoro também é uma das formas de constituir um filho, partindo daí a discussão também da guarda do menor, assunto este que irei tratar nos próximos capítulos.

## 2.4 RELAÇÃO POLIAFETIVA

Como visto anteriormente no presente trabalho, o conceito de família sofreu grandes evoluções e juntamente deve de se fazer várias modificações em nosso âmbito jurídico. Por essa constante modificação de valores diante de uma sociedade tão evoluída, faz com que aquilo que antes era inaceitável, torna-se corriqueiro e normal. As relações poliafetivas são novas em nossa sociedade, caracterizada pela a união de várias pessoas, podendo ser entre várias mulheres, vários homens, uma mulher e um homem, ou vice versa.

Tendo em vista tratar de uma novidade, os livros jurídicos não tratam desse assunto. Para tanto, foi utilizado o meio eletrônico para a presente pesquisa específica.

Neste sentido, ofertamos um exemplo:

[...] no dia 23 de agosto de 2012 na cidade de Tupã, interior paulista, em cartório de notas e protestos, a tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues, lavrou escritura pública reconhecendo a união estável entre um homem e duas mulheres, a chamada união poliafetiva, como está sendo chamada. Vale ressaltar que a certidão lavrada em Tupã/SP, não foi o único caso ocorrido, uma vez que houve caso semelhante na cidade de Porto Velho, no Estado de Rondônia, na qual o juiz de Direito Adolfo Theodoro Naujorks Neto ao julgar o processo de número 001.2008.005553-1, tramitado no Tribunal de Justiça de Rondônia, decidiu: De tudo que foi exposto, é possível o reconhecimento da união dúplice, quando a autora, o extinto e sua falecida esposa mantiveram uma relação de poliamor, consentida e tolerada, advindo daí efeitos legais como a divisão dos bens adquiridos neste período (...) devendo o patrimônio adquirido pelo de cujus, por sua falecida esposa e pela autora neste período ser dividido em três partes iguais, mediante comprovação nos autos do inventário. <https://fern.jusbrasil.com.br/artigos/148760065/uniao-poliafetiva-uma-analise-de-sua-juridicidade-em-face-da-recente-mutacao-constitucional-no-conceito-juridico-de-entidade-familiar>. Acessado em 20 de agosto de 2017.

As relações poliafetivas ainda não possuem legislação competente para tratar do caso concreto, mas como se vê, diante do exemplo, já é possível que mais um novo conceito de família venha querer ganhar lugar no âmbito jurídico.

## 2.5 RELAÇÃO HOMOAFETIVA

Relação homoafetiva é a união de duas pessoas do mesmo sexo. Quando se pensa em conceito de família, logo vem à mente a família tradicional, aquela que é constituída pelo o homem a e mulher, porém com as grandes evoluções, sócio-econômica e jurista, fica impossível não enquadrar a realidade das relações homoafetivas dentro do âmbito jurídico, por isso o Supremo Tribunal Federal diante das inovações jurisprudências declarou de forma vinculante e

com eficácia erga omnes, que as relações homoafetivas, são sim entidade familiar, e assegurando á partir daí o casamento. Essa decisão é recente, foi proferida no ano de 2013.

A partir desta quinta-feira (16/5/2013) cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva, como estabelece a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (STF, 2013).

Como percebe-se, com a evolução familiar as relações homoafetivas ganharam seu lugar no âmbito jurídico, sendo consideradas como entidade familiar, podendo ter nessa união uma prole, seja por meios biológicos, como pela forma da adoção. Sobre esse assunto, Venosa (2010, p. 433) explica que: “[...] uma vez reconhecida a união homoafetiva como modalidade de união estável, o passo seguinte é a permissão da adoção”.

Explica ainda: “quem pode adotar, pode adotar quem vive em união estável, comprovada a estabilidade familiar, sendo que, nesse caso a adoção deverá ser pretendida e solicitada por ambos”. (VENOSA, 2010, p. 433).

Ora, se pode haver a adoção por casais que constituem união estável, logo os casais homossexuais também tem esse direito, uma vez que foi legalizado essa união.

Lisboa (2013, p. 223), entende por ser relações homoafetivas, a relação íntima entre pessoas de mesmo sexo que possuem afeição semelhante, ainda que com orientação sexual diversa.

Já para Gagliano (2012, p. 484), o conceito não é definitivo, não é doença, não é perversão, e, qualquer tentativa de enquadramento jurídico nesse sentido afrontaria escancaradamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

As relações homoafetivas, possuem direito constituído pelo Poder Judiciário, uma vez que, consideradas entidades familiar, é um novo conceito de família sim em nosso ordenamento jurídico, pelo o qual o mesmo buscou concretizar os princípios trazidos em nossa Constituição Ferderal, princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos e deveres igualitários á todos os cidadãos.

## **3 DA DISSOLUÇÃO DAS RELAÇÕES HUMANAS QUE GERAM FILHOS**

### **3.1 DIVÓRCIO**

Divórcio é conceituado como fim da relação conjugal, sendo que o mesmo só foi aceito no Brasil, no ano de 1977. O Brasil só permitia o desquite, que significa: a falência no casamento. Os cônjuges divorciados só podiam voltar para o estado de casados com uma nova celebração matrimonial. O divórcio pode ocorrer por duas etapas, como classifica Lisboa (2013, p. 166):

[...] o primeiro, divórcio direto, ante a inexistência de pedido anterior de separação extrajudicial (por escritura pública) judicial (acautelatória ou não), e o decurso de prazo de, no mínimo, dois anos de separação de fato; ou divórcio conversão, realizado por escritura pública ou por decisão judicial, que pressupõe a decretação anterior da separação extrajudicial (por escritura pública) ou judicial (por medida cautelar ou processo principal) e o decurso de prazo de, no mínimo, um ano da lavratura da escritura ou do trânsito em julgado da

sentença, conforme for o caso.

Uma observação a respeito do tema, por força do advento da Emenda Constitucional 66, de 13.7.2010, não se torna mais imprescindível nenhuma separação anterior, nem prazo nenhum para que se obtenha o divórcio. (LISBOA, 2013, p.166)

O Código Civil prevê o divórcio, como estabelece o artigo 1.571, IV “A sociedade conjugal termina: IV- pelo Divórcio “. Desconstituindo assim a união conjugal.

O divórcio se concretizará por duas formas, extrajudicial ou judicial. Lisboa (2013, p. 167) traz os conceitos dessas duas classificações, vejamos:

O Divórcio extrajudicial é negócio jurídico celebrado entre os cônjuges que põe termo ao casamento, mediante ruptura completa e irreversível do vínculo matrimonial.

O Divórcio Extrajudicial, pode se dizer também consensual, que se dá quando as partes estão de comum acordo e entendem que a relação não é mais sustentável, sua possibilidade se dá apenas nos casos em que os cônjuges não possuem filhos menores e concordarem com a partilha de bens originários do casamento. Ao contrário da forma litigiosa, o Órgão responsável para sua concretização é o Tabelião de Notas e não o Judiciário, porém é necessária a presença de um advogado para dar poder a escritura pública.

As espécies de divórcio judicial admitidas pelo ordenamento jurídico são: a) divórcio consensual ou amigável, que se faz mediante o requerimento conjunto das partes perante o juízo de família; b) divórcio litigioso ou contencioso. (LISBOA, 2013, p.167).

Divórcio Litigioso, é quando inexistente qualquer possibilidade de solucionar o fim do relacionamento e os frutos por ele originados (partilha de bens, guarda das proles, pensão para as proles em comum ou para o ex-cônjuge, etc.) de forma consensual, e por iniciativa de um ou de ambos os cônjuges, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para intermediar ou solucionar tais pendências.

Em nenhum dos casos não há que se discutir prazo ou culpa. Isso porque a emenda que alterou o aludido artigo 226 da Constituição Federal trouxe uma

nova redação ao parágrafo 6º que dispõe sobre a dissolução do casamento civil, suprimindo o requisito no que diz respeito ao prazo, ou seja, não é necessário a prévia separação judicial por mais de um ano, ou a comprovação de fato, por mais de 2 anos.

Artigo 226, VI - “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, na forma da lei”.

E em relação à culpa discutida no divórcio, Gonçalves (2010, p. 266) faz citação referente à lei 7.841 de 17 de outubro de 1989:

A lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, limitou-se a adaptar a lei de Divórcio à nova Constituição. Deu, porém, nova redação ao art.40 da referida lei, excluindo qualquer possibilidade de discussão a respeito da causa eventualmente culposa da separação. Pode-se notar uma considerável evolução legal em relação ao divórcio, ao passo que as exigências antes impostas para a concessão direta do divórcio ou para a conversão da separação judicial em divórcio não são mais exigidas, o que facilitou sua decretação.

Gagliano (2012, p. 526) conceitua o instituto do divórcio como sendo: “a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, a extinção dos deveres conjugais”.

Diante da concretização dos divórcios, os ex cônjuges ficam extintos de qualquer dever para com o mesmo, como por exemplo o companheirismo e a fidelidade, porém desse ato de divórcio nasce novas obrigações com ex-cônjuge, dependendo da situação hipotética de cada caso. Grande exemplo disso é a prestação de auxílio por parte de um dos cônjuges.

### **3.1.1 Proteção a pessoa dos filhos na separação judicial ou divórcio**

Com a efetivação do divórcio, o vínculo afetivo é dissolvido pelas partes,



porém, quando desta relação nasce uma prole, é obrigação de ambos terem com os mesmos deveres e obrigações, e incidindo na guarda do menor, pois os ex-cônjuges devem ser os maiores interessados no futuro e bem-estar da prole.

O Código Civil trata deste tema em seus artigos 1.583 a 1590, tema que será analisando em momento oportuno do trabalho.

### 3.2 SEPARAÇÃO JUDICIAL

Em relação à dissolução de relações que decorrem filhos, Gagliano (2012 p.240) explica com ênfase na emenda Constitucional que põe fim na Separação Judicial.

Em 2010, com a “PEC DO AMOR” ou “PEC DO DIVÓRCIO” - Emenda Constitucional nº66/2010, a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão do divórcio.

Desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por mútuo consentimento dos cônjuges, quanto litigioso.

Trata-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia, para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisito temporais ou de motivação vinculante. (GAGLIANO).

É reconhecimento do divórcio como o exercício de um direito protestativo, cujo o exercício compete somente aos cônjuges, não afetando, porém, a sua relação com os filhos (GAGLIANO, 2012, p. 540).

A Emenda Constitucional nº66/2010 pretendeu facilitar a implementação do divórcio no Brasil, com a apresentação de dois pontos fundamentais: A) extinção da separação judicial; B) extinção da exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial. (GAGLIANO, 2012, p. 250).

Com a Emenda Constituonal, facilita-se o Divórcio, e também não há mais a

interferência do Estado na decisão que só cabe as partes, sendo de fato personalíssima.

### 3.3 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Como visto anteriormente, a união estável é também considerada como entidade familiar, sendo assim, é possível a sua dissolução. Quando essa união não é de fato reconhecida em cartório, é necessário que se faça o seu reconhecimento. A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal decretou:

Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. (STF, S. 380).

Como se nota a união estável tem os mesmos direitos do casamento. A Dissolução de União estável poderá ser desfeita judicialmente ou extrajudicial.

No primeiro caso, a dissolução se dará por ação judicial, quando os conviventes possuem filhos menores de 18 anos, e que a separação de fato não se dá de forma amigável, tornando-se assim, uma separação litigiosa, pelo qual é necessário a intervenção do poder judiciário, para solucionar possíveis problemas decorrentes dessa separação, como por exemplo, partilha de bens, guarda dos filhos, pensão alimentícia, etc.

Assim como no casamento, por se tratar de ação judicial, os conviventes deverão ser assistidos por advogados. No segundo caso, a dissolução será decretada através do cartório de notas, sem a necessidade do poder judiciário. Porém, só será possível, se os conviventes não possuírem filhos menores e incapazes e ainda, que seja consensual o pedido.

Como se nota, quando há um menor no meio dessa relação, é necessário uma ação judicial litigiosa, ou consensual para que não afete o menor envolvido, e assim o mesmo possa viver de maneira saudável. Com básico necessário para a sua manutenção.

## **4 DA GUARDA COMPARTILHADA**

### **4.1 DA GUARDA**

Dentro do âmbito familiar, muitas alterações podem ocorrer, como vimos nos capítulos anteriores, uma delas, é o termino da união conjugal. Havendo um menor envolvido, é necessário que o mesmo seja amparado por seus pais, independente de relação que vivem.

O ECA deu prioridade a criança e o adolescente, tornando-os sujeitos de direito, possuindo direitos fundamentais na pessoa de zero a 18 anos, buscando sempre o melhor para esse menor. Vale destacar, que não somente o ECA, mas também o Código Civil dedicou um capítulo específico para os mesmo, que se encontra no capítulo XI – Da proteção da pessoa dos filhos, artigos de 1.583 a 1.590.

#### 4.1.1 Modalidades de Guarda

Guarda é o amparo legal que se dá a um menor, quando há o rompimento da união conjugal, acabando o termino familiar. Entretanto, o menor necessita de legitimidade advinda de um responsável, que no caso, salvo exceção é de um dos pais.

Dentro do Direito Civil, temos algumas modalidades de guarda. Gagliano (2012, p. 609) destaca quatro tipos de guarda dentro das possibilidades jurídicas, vejamos:

a) guarda unilateral ou exclusiva, é ainda a modalidade mais comum e difundida no Brasil, em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo o outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião;

Esse tipo de guarda, é proferida, quando uma das partes abre mão, ou quando também essa mesma parte não tem condições satisfatórias para exercer a função de corresponsável pelo menor, ficando então, a guarda somente para um dos pais, neste caso, mesmo não possuindo a guarda, o mesmo terá que auxiliar na vida da prole, na prestação de alimentos, e com direito á visitas.

b)guarda alternada, modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visita;

Neste tipo de guarda,se diz alternada, por se tratar da guarda em momentos fixados,ou seja, essa guarda não é exclusivamente de tão somente uma das partes.

c)nidação ou aninhamento, espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra, ela permanece no mesmo domicílio em que viva o casal, enquanto casados, e os pais revezam na companhia da mesma;

d)guarda compartilhada ou conjunta, modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma de repercussão psicológica, na prole, se comparada qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução na vida dos filhos.

Como visto, esse tipo de guarda é a mais adequada e visa maiores vantagens a essa criança, pois ambos os pais possui os mesmos direitos, deveres e responsabilidades.

## 4.2 BREVE HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é instituto de Direito de família que tem como finalidade a responsabilidade conjunta dos pais sobre os menores, pois os mesmos não convivem sob o mesmo teto.

A Guarda compartilhada sofreu mudanças ao longo do tempo, ficou estabelecido através da lei 11.698/2008 e recentemente, por meio da lei 13.058/2014 que modificou o artigo 1.583, parágrafo 1º, do Código Civil que conceitua guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não viviam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A principal finalidade da guarda compartilhada é a participação de ambos os pais na vida dos filhos, com deveres e direitos igualitários. Esse instituto foi necessário devido às grandes evoluções advindas no meio jurídico, por meio de uma sociedade evolutiva, fato este que ficou marcado pela a inserção da mulher cada vez mais crescente no mercado de trabalho. Tal explicação advém dos de fatores econômicos, culturais e sociais, havendo relevância até mesmo para o meio jurídico.

Dessa maneira a mulher passou a ter um papel fundamental no meio social, uma vez que a mesma ocupa cargos tão importantes quanto aos ocupados pelos homens, ou seja, aplicando-se de fato o princípio constitucional da isonomia, garantindo a homens e mulheres direitos e deveres iguais.

Diante desse fenômeno, de tamanha evolução, o meio familiar sofrerá significativas mudanças, tanto quanto entre os companheiros, como para prole advinda dessa relação. A mulher deixa de ser submissa a figura masculina, como era no passado.

A grande falta de tolerância entre os cônjuges resulta nas separações e dissoluções frequentes dessas relações. Entende Ana Carolina Silveira Akel (2015, p. 40) que “Não resta dúvidas que a alteração da figura feminina fez com que o homem deixasse de ser o chefe e provedor da sociedade conjugal e

da família, e passasse a ser corresponsável com a mulher pela entidade familiar”.

As mudanças pelas quais as mulheres fizeram jus e as necessidades da vida moderna fizeram com que os homens contribuíssem cada vez mais com as atividades domésticas, inclusive com o cuidado dos filhos.

Com isso, ocorreu uma verdadeira “metamorfose masculina”: de “provedor”, o homem passou a ser também “participador” dos afazeres do lar, da família e dos cuidados com os filhos. Assim classificou a autora Akel (2015, p.40).

Essa autoridade de poder de isonomia no âmbito parental antes não existia, primeiro em razão do próprio homem que não tinha interesse do “cuidar”, apenas se habituava na função de promover e mandar, e segundo pela própria lei, que estabelecia como regra, a guarda uniparental, que era exercida pela mulher.

Neste mesmo sentido Dias destaca:

Em um primeiro momento, eles sentiram-se explorados. Afinal, não tinham qualquer habilidade para toda aquela infinidade de tarefas que se viram obrigados a assumir. Mas, ao descobrirem as delícias da paternidade, passaram a reivindicar um convívio maior com a prole. Assim, quando da separação, não mais se conformavam em simplesmente pagar alimentos e visitar os filhos quinzenalmente. Aos conflitos inerentes a todo o fim de relacionamento, somava-se a disputa pelos filhos, muitas vezes usados como ferramenta de vingança contra quem frustrou o sonho do amor eterno. O homem acabava absolutamente refém do poder materno, que só lhe permitia ter acesso aos filhos, quando ela deixava. E isso sem qualquer justificativa. Muitas vezes, era ameaçado de não mais vê-los, caso não majorasse os alimentos ou não partilhasse os bens da forma que a mãe queria. Até o fato de constituir novo vínculo afetivo servia de motivo para impedir que os filhos convivessem com o pai e a “madrasta”. Na busca de mais direitos e mais espaço de convívio, os pais se uniram em um número significativo de associações e organizações não governamentais. Destes movimentos participam algumas mulheres - poucas, é verdade - que, afastadas dos filhos, sofrem iguais dificuldades. (2015, p. 519).

Como se nota, a inserção da mulher no mercado de trabalho e as inovações nos costumes de família, juntamente com a “inversão de papéis” referente aos homens, trouxe grande mudanças e transformações para o Direito de família.

### 4.3 A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA INOVAÇÃO

A guarda compartilhada teve seu primeiro avanço no Brasil, no ano de 2008, com a lei de nº 11.698/08. A principal novidade que essa lei trouxe para o direito, e de forma especial para o âmbito familiar, com certeza, foi à exclusão da exclusividade da guarda unilateral, essa modalidade ainda existe em nosso ordenamento jurídico, porém não mais como regra, pois hoje é conveniente aos pais que optem pela guarda compartilhada pelos benefícios e vantagens que essas modalidades trazem para todos os envolvidos neste processo.

Neste sentido houve uma decisão relevante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

[...] no momento em que ocorre a separação do casal, desde que haja harmonia, a guarda compartilhada é uma opção madura para uma saudável convivência entre filhos e pai separados, já que não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental. (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça. Agr. Inst. Nº 2007.002.02406, 9ª Câmara Cível, Desembargador Paulo Mauricio Pereira, julg. 08.05.2007).

Como foi visto, a guarda, mais comum e de maior aplicação era a guarda unilateral, porém com toda essa evolução social e jurídica, foi necessária a formulação de uma nova lei para amparar de forma melhor e mais conveniente aos menores, eis então que surge em 2008 a lei da guarda compartilhada.

Gonçalves (2010, p. 285) diz que, a lei n.11.698/2008 chega em boa hora, assegurando a “ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes a autoridade parental”.

Ou seja, a lei veio para que, ambos possam administrar a vida do menor em comum, porém vale ressaltar, que esse tipo de guarda só será cabível quando, ambos os pais tenham uma boa convivência e residam um perto do outro.

Assim como observa Venosa (2010, p. 185) “A guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade”.

No ano de 2014, a modalidade de guarda compartilhada teve uma inovação, a lei de nº 13.058/14 trouxe em seu texto mudanças para o direito de família, tal lei alterou os artigos 1.583, 1.584 e 1.634 do Código Civil brasileiro de 2002, que veremos a seguir:

Art. 1.583 § 2º: Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Como se vê, o texto faz menção de um equilíbrio de tempo dos genitores com os menores, não tendo mais desigualdade de tempo entre os envolvidos, lembrando ainda, das condições concretas de cada caso, e visando sempre o interesse do menor. Exemplo disso são os casos em que os pais moram na mesma cidade e que possuam o mesmo padrão econômico, assim, ambos poderão dar a essa criança, toda assistência necessária para o seu desenvolvimento, no caso, conforto, atenção, e ademais necessidades para sua evolução, física e psíquica.

Outro ponto importante que trouxe o novo texto, foi trazido pelo o parágrafo 5º do mesmo artigo, vejamos:

Art. 1.583 § 5: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Como vimos, a nova lei de guarda compartilhada possibilita ao cônjuge que não possui a detenção do filho, no caso a guarda unilateral, que o mesmo



poderá ter acesso a informações que dizem respeito ao menor, lembrando sempre do melhor interesse do menor, e não apenas a formalidade que se trata judicialmente.

Art. 1584, § 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.

Com a nova Lei de guarda compartilhada, a regra é que a mesma seja aplicada nos casos concretos, os operadores de Direito, por entenderem ser uma das modalidades mais vantajosa ao menor, priorizam essa modalidade, mas como vimos no texto á cima é possível que a guarda se dê somente a um dos genitores, quando um deles abre mão desse direito, sendo então guarda unilateral e não compartilhada. Ou seja, em primeiro momento, aplica-se a guarda compartilhada, sendo exceção a guarda unilateral.

Outra inovação trazida pela a nova lei diz respeito a multa aplicada em estabelecimentos que não forneçam informações a um dos genitores referentes ao filho menor, vejamos:

Art. 1584 § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Deste modo, os genitores tem o direito de ter todas as informações que dizem respeito aos filhos independentemente da guarda estabelecida judicialmente. Implicando de forma mais severa no determinado estabelecimento que negue a informação, no caso, o estabelecimento fica sujeito a multa. Fica claro, que para o Direito brasileiro, a criança e o adolescente possuem tutela especial, uma vez que, usam de todas as formas possíveis para se valer e concretizar o

direito aludido trazido em nosso ordenamento jurídico, visando sempre a busca do melhor interesse do menor.

E para finalizar as inovações da nova Lei da Guarda Compartilhada o artigo 1.634, traz em seu rol a seguinte descrição, vejamos:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição;

Resta claro a função essencial e de extrema relevância dos pais na vida criança, sendo de suma e extrema necessidade para o bem e desenvolvimento do menor.

Ainda vale destacar a busca árdua do Direito brasileiro em adaptar-se as grandes evoluções que vem ocorrendo ao longo do tempo no direito brasileiro, afetando também as famílias, pelo qual fica cada vez mais difícil para tratar juridicamente as situações que ocorrem nos casos concretos que vivemos nos dias de hoje, pois como vimos, nos capítulos anteriores deste trabalho os conceitos de família, se ampliam cada vez mais, e assim o direito, tem uma grande missão, que é, a busca do princípio do melhor interesse do menor.

Ana Carolina Akel (2015, p. 41) faz uma observação a respeito da nova lei da

guarda compartilhada, no seu entender:

A nova lei da guarda compartilhada constitui uma inovação importante e significativa para o Direito de Família brasileiro, uma vez que trouxe em seu conteúdo a ideia que compartilhar a guarda de um filho é garantir que ele tenha pais igualmente engajados e comprometidos na sua criação e no atendimento aos deveres ínsitos de poder familiar.

Sobre o mesmo assunto, porém não tão recente, Grisard Filho (apud VENOSA, 2010, p. 201) afirma:

A custódia física, ou a custódia partilhada, é uma nova forma de família na qual pais divorciados partilham da educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões.

A lei de Guarda compartilhada, ficou estabelecida como regra, e com as alterações dos artigos já mencionados á cima, pode se notar, que a lei 13.058/14 veio para reforçar a obrigatoriedade da mesma, pois busca cada vez mais o judiciário amparar o direito legal do menor, seguindo o princípio do interesse do menor.

#### 4.4 CONCEITOS

Diante de tantos pensamentos e imposições sobre a guarda compartilhada, alguns autores conceituam a guarda compartilhada.

Neste sentido, Diniz (2009, p. 115) traz o conceito de duas modalidades de guarda, vejamos:

É o exercício conjunto do poder familiar por pais que não vivem sob o mesmo teto. Ambos os genitores separados ou divorciados terão, portanto, responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres alusivos ao poder familiar dos filhos em comuns; guarda unilateral: É conferida a um dos genitores que, revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde, segurança e educação.

Como vimos, a nova lei de guarda compartilhada mesmo sendo ela a regra, é possível que se tenha a guarda unilateral.

Mais um conceito de guarda compartilhada é ofertado por Paulo Lôbo (apud GAGLIANO 2012, p.611), sendo “caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais”.

Grandes são as consequências para uma criança diante de uma situação de dissolução conjugal, porém, a lei da guarda compartilhada trouxe grandes vantagens para o menor.

#### 4.5 DAS VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Além da importante relação afetiva, juntamente com o desenvolvimento e formação da criança e do adolescente, a guarda compartilhada traz também uma forma de impedir a alienação parental.

Alienação parental é muito frequente nos casos de separação litigiosa, pelo qual um dos cônjuges induz a criança a rejeitar o outro, implicando em uma perturbação psicológica da criança.

A expressão síndrome da alienação parental (SAP) foi cunhada por Richard Gardner, professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, em Nova York, EUA, em 1985:

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

Sua manifestação preliminar é campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha 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. Quando o abuso e/ ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável". (GAGLIANO, 2012, p. 613).

A influência de um dos pais sobre a criança, de forma grosseira, acarreta sobre o menor tal distúrbio. Essa síndrome ainda é vive em nosso meio jurídico nos dias de hoje, e infelizmente os pais não conseguiram entender que utilizando do menor como meio de instrumento de caráter emocional, ou até mesmo extravasamento de mágoa, só acarretará para o menor grandes feridas que pode permanecer por tempo indeterminado e, prejudicando muito o seu desenvolvimento futuro.

Como vimos, a guarda compartilhada, trouxe grandes vantagens para o âmbito familiar. Neste sentido, para Alves (2009, p. 2) foram duas as grandes vantagem, vejamos:

O incremento da convivência do menor com ambos os genitores, não obstante o fim do relacionamento amoroso entre aqueles, e a diminuição dos riscos de ocorrência da Alienação Parental. Desse modo, constata-se que, em verdade, a guarda compartilhada tem como objetivo final a concretização do princípio do melhor interesse do menor.

Observa, porém, outras vantagens:

Como é cediço, inúmeros são os efeitos traumáticos provocados pela dissolução de casamento/ união estável no desenvolvimento psíquico dos filhos menores e um deles, notadamente é a perda de contato frequente com dos seus genitores. Neste sentido, verifica-se que a guarda compartilhada pretende evitar esse indesejado distanciamento, incentivando, ao máximo, a manutenção dos laços afetivos entre os envolvidos acima referidos, afinal de contas pai (gênero) não perde essa condição após o fim do relacionamento amoroso mantido com o outro genitor (gênero) do seu filho, nos termos do artigo. 1632 do Código Civil. (ALVES, 2009, p. 2).

A guarda compartilhada, como se vê é uma forma até mesmo, de combater conflitos internos entre os pais, que conseqüentemente interferem na vida do menor. Uma vez, que a guarda compartilhada é estabelecida pelo poder judiciário é de bom senso dos pais, se relacionarem de forma harmoniosa, para o bem estar da própria criança, que, na constatação e por comprovação por meios judiciais que há a síndrome de Sap (alienação parental), o juiz poderá interromper essa espécie de guarda, situação essa, que causaria mais transtornos para a criança.

#### 4.6. A GUARDA COMPARTILHADA NOS NOVOS CONCEITOS DE FAMÍLIA

Foram muitas as evoluções no conceito de família dentro de âmbito jurídico. O conceito clássico e tradicional, pelo qual era constituído o homem e a mulher, ficou para trás. Hoje há uma diversidade conceitual de família, por isso a necessidade de analisar, os direitos e deveres dessas novas famílias, vejamos a seguir no presente trabalho.

#### 4.7 GUARDA COMPARTILHADA NAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Como vimos ao longo deste trabalho, grande foi a evolução no direito de família, como nas famílias homoafetivas, que foi recentemente legalizadas como entidade familiar, sendo assim, os integrantes dessa união caracterizada por família, tendo os mesmos direitos que as pessoas de sexos opostos que

constituem família, logo se tem também o direito de possuírem uma prole em comum. Como uma entidade familiar comum e sem qualquer distinção do casamento, pode haver a dissolução dessa união, que pode haver um menor envolvido.

Entretanto questiona-se, e a guarda dessa criança, como fica? As famílias homoafetivas estão dentro do âmbito da guarda compartilhada?

No entender de Chaves (2015, p. 242):

É de afirmar que sim, podem os casais acordar a respeito da guarda compartilhada, estando o relacionamento dentro do seu âmbito de aplicação, e, pode ainda a guarda compartilhada ser deferida pelo juiz, no caso de um casal homossexual ainda que a filiação esteja estabelecida apenas em relação a um dos partícipes da relação, tendo – se em conta a socioafetividade daquele que não é progenitor jurídico. Há de ser ter em conta que ambos os partícipes devem ser considerados “pais” ou “mães”.

As relações homoafetivas, que se enquadram no regime de união estável, possui os mesmos direitos de um casamento, sendo consideradas, como entidade familiar, neste caso, os mesmo direitos cedidos às pessoas do casamento também se estende ao casais homossexuais, e conseqüentemente em relação a guarda compartilhada, que, por um motivo resolvem por fim á relação conjugal, e assim, havendo um menor envolvido, o mesmo necessita de proteção e cuidados dos pais.

#### **4.7.1 A adoção nas relações homoafetivas**

A adoção de uma criança é de fato, um grande investimento no meio familiar, para todos os envolvidos. Muda toda a estrutura da família na questão educativa, afetiva, econômica e ademais conseqüência que varia de família para família, porém o sonho de se ter uma criança vai muito além das possíveis dificuldades que venham a ter, a não condição biológica se encarrega muitas vezes de ser alvo a favor para a adoção, que é o caso dos casais

homoafetivos, que vivem como uma família e se sentem no direito de ter uma criança em comum, que no caso advém de uma adoção.

No Brasil, a questão homoafetiva foi por várias vezes discutidas, mas o direito brasileiro evoluiu a esta questão. A decisão pioneira se deu no Estado do Rio Janeiro, no ano de 1997. Chaves (2015, p. 243) comenta sobre a decisão:

Na sentença, o Juiz Siro Darlan de Oliveira, então titular da 1.<sup>a</sup> Vara da Infância e Juventude e, atualmente, Desembargador do TJRJ, concedeu a adoção a uma requerente homossexual, que possuía a guarda de fato do infante desde a tenra idade do mesmo, após dois anos de institucionalização, na decisão, o Magistrado sublinhou a importância de um ambiente familiar e acolhedor para a criança, em detrimento da impessoalidade de uma instituição, uma vez que o tratamento dispensado à criança é coletivo. O Ministério Público recorreu da sentença, apelo este que foi rechaçado em 23 de março de 1999, sendo a decisão do julgador de 1.<sup>o</sup> grau confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Como se vê, essa questão não é recente, e antes mesmo da legalização da união estável já fora concebida a adoção pela requerente homossexual. A partir disso outras jurisprudências foram favoráveis a esta questão, uma delas foi aprovada no ano de 2010, vejamos:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 889852 RS 2006/0209137-4 (STJ)

Data de publicação: 10/08/2010

Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASALHOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010 /09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre



que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010 /09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria). (STJ, 2010).

Vale sempre lembrar do princípio do melhor interesse do menor, Lisboa (2013, p. 320) diz que: “[...] não é a opção sexual de fato, que serve como norte para se concluir se a pessoa tem ou não discernimento ou compreensão para cuidar de outra pessoa”.

Essa é a postura adotada pelo o STJ, ou seja, ao analisar que será melhor para o menor, sempre avaliando o vínculo e a questão psicológica do menor.

Gagliano (2012, p. 510) diz que: “[...] a cuidadosa análise do caso concreto que dirá se a adoção é medida aconselhável, e não a ideia preconcebida de que o núcleo homoafetivo, por si só, traduzira algum risco ao menor”.

Resta claro que não é a opção sexual do ser humano que vai dizer sobre o futuro de um menor, que vai determinar que o mesmo possa ter ou não um lar, uma família, uma educação que irá transformar o seu futuro, não, vai muito além disso, opção sexual é mera irrelevância diante, de uma a vida que precisa ser construída, sem contar do tamanho do problema que o Brasil enfrenta dos casos de abandona de criança. Essas crianças necessitam de uma família, necessitam de amor e carinho, que com certeza qualquer um pode dar, independente da sua opção sexual.

Dias (2009, p. 340) diz que: “qualquer resposta que não reconheça a dupla maternidade e claro, a dupla paternidade “está se deixando levar pelo preconceito”.

O art.42, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz o seguinte

texto:

Art. 42, § 2º: Para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar. (BRASIL, 1992).

A união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos. Portanto, qualquer impedimento legal que fosse vislumbrado mediante interpretação mais restritiva, já não possui mais espaço no ordenamento brasileiro hodierno. (CHAVES, 2015, p. 244)

Ainda sobre o assunto, o mesmo autor, Chaves (2015, p.246) finaliza o tema dizendo :

Toda a normativa relativa à guarda compartilhada é aplicável as famílias homoafetivas, caso contrário estar-se-ia ferindo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação por razão do sexo, e de sobremaneira, a máxima da igualdade. E mais: há de se ter em conta o princípio do melhor interesse da criança que, nestes casos, é continuar a manter a relações habituais com suas mães ou seus pais.

Tal decisão contraria a esse pensamento, importaria dizer no descumprimento dos princípios constitucionais, princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos igualitários dirigidos a todos, portanto, todos os direitos devem ser outorgados aos homossexuais, como o do matrimônio, parentalidade, no caso da dissolução conjugal, a guarda compartilhada do menor, enfim, são iguais à todos e merecem ter direitos e deveres a respeito de todas as normas constituídas em nosso ordenamento jurídico.

## 5. CONCLUSÃO

A finalidade do presente trabalho é a análise construtiva da guarda compartilhada, pelo qual buscou analisar todas as vantagens jurídicas e sentimentais que essa modalidade trouxe para o âmbito familiar, diretamente no que tange ao menor envolvido, pois é o a parte principal.

O legislativo buscou e busca avançar em suas leis, cada vez mais, para o maior benefício da criança, uma vez que, a situação de término conjugal dos pais, acarreta várias consequências negativas à essa prole, e com isso o judiciário tenta amenizar os possíveis sofrimentos que venha a ter o mesmo.

Fica claro, pelo entendimento do presente trabalho, que maiores são as vantagens do que as desvantagens.

Em primeiro momento a regra principal, era da guarda unilateral, aquela dada somente a um dos pais, mas com essa busca pelo o melhor interesse do menor, efetivou-se de fato que a regra de guarda será compartilhada, salvo em exceção.

Além disso, o trabalho buscou analisar como a modalidade de guarda

compartilhada se aplica nos novos conceitos de família, como as famílias homoafetivas, e referente á isso, pode ser observado de forma positiva a aplicação da guarda compartilhada nesses casos, que se por ventura vierem ao fim. O STF, ao julgar a decisão da legalização da união estável entre homossexuais, quebrou um grande paradigma na atual sociedade que vivemos, pois á partir daí fez se valer a consagração da igualdade, diversidade, do pluralismo e de toda a liberdade, que advém da proteção da dignidade humana, além da não discriminação em razão da opção sexual que cada indivíduo tem a liberdade de escolher, dando a principal importância ao interesse e benefícios do menor.

Sobretudo, por todas as vantagens que traz a guarda compartilhada, não podemos dizer que a mesma será um remédio milagroso que irá combater todos traumas familiares, não é a invasão de um, ou de outro cônjuge na educação do filho, mas sim uma forma de manter sempre a laço afetivos com ambos os pais, valendo ressaltar sempre da boa convivência entre os mesmo.

Espera-se que o trabalho amplie o conhecimento e até mesmo a reflexão sobre o tema tratado.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para família. São Paulo: Atlas, 2015.

ALEXANDRE, Fernando Cruz. União Poliafetiva: uma análise de sua juridicidade em face da recente mutação constitucional no conceito jurídico de entidade familiar. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://fern.jusbrasil.com.br/artigos/148760065/uniao-poliafetiva-uma-analise-de-sua-juridicidade-em-face-da-recente-mutacao-constitucional-no-conceito-juridico-de-entidade-familiar>>. Acessado em 20 de agosto de 2017.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698/08. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 27 agosto. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Código Civil de 2002. **Texto Comparado: Código Civil de 2002 e o Código Civil de 1916.** Organização do texto: Silvio de Salvo Venosa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 10 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. Nova Lei de Adoção.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm). Acesso em: 13 de agosto de 2017.

CHAVES, Marianna. A guarda compartilhada e as famílias homoafetivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2716,8 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17988>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

COLTRO, Antonio Carlos; DELGADOS, Mário Luiz. **Guarda compartilhada.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Método, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** 10ª Edição, Revisada, atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil.** Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Direito de família.** 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

Guia de Documentos. **Dissolução de união estável**-aprenda os detalhes dos procedimentos administrativo e judicial da dissolução.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil-Direito de família e sucessões.** 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATOS, Cleber Augusto de. Elementos caracterizadores da união estável. **Revista Jus Navigandi**, Teresina. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45520/elementos-caracterizadores-da-uniao-estavel>>. Acessado em 14 de julho de 2017.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Do casamento. **Curso de Direito de Família.** 4ª Edição. Curitiba: Juruá, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil- Direito de família.** 10ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

