



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

**BRUNO ALVES RUFINO**

**GUARDA COMPARTILHADA - A TRADUÇÃO DO PRINCÍPIO DO  
MELHOR INTERESSE À CRIANÇA**

**Assis/SP  
2018**



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

**BRUNO ALVES RUFINO**

**GUARDA COMPARTILHADA - A TRADUÇÃO DO PRINCÍPIO DO  
MELHOR INTERESSE À CRIANÇA**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando:** Bruno Alves Rufino

**Orientadora:** Lenise Antunes Dias

**Assis/SP  
2018**

R926g RUFINO, Bruno Alves  
Guarda compartilhada: a tradução do princípio do melhor inte-  
resse à criança. – Assis, 2018.

40p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito), – Fundação Educação-  
nal do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida

1.Guarda compartilhada 2.Pais-filhos 3.Família-filhos

CDD342.1634

# GUARDA COMPARTILHADA - A TRADUÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE À CRIANÇA

BRUNO ALVES RUFINO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

**Orientador:** \_\_\_\_\_  
Lenise Antunes Dias

**Examinador:** \_\_\_\_\_  
Inserir aqui o nome do examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, quero agradecer a Deus, pois até aqui ele me sustentou e me manteve de pé. Agradeço a minha família, minha Mãe Sandra Rufino e meu Pai Edivaldo Rufino, por todo apoio, paciência, orações e dedicação com o desenrolar da minha graduação. Agradecer a minha esposa, Ariane Rufino, pela paciência, ajuda, por todos os momentos que ela me cobrou dizendo que eu era capaz. Por último, porém, não menos importante, agradeço minha Orientadora e Professora Lenise Antunes Dias, por toda dedicação, compreensão, apoio e paciência acima de tudo, em todos os momentos esteve presente ajudando e mostrando que é uma orientadora acima da média. Aqui fica o meu muito obrigado a todos.

## **RESUMO**

Os desentendimentos entre casais acontecem há muito tempo e, em muitos casos, acabam desfazendo famílias ao separar seus membros. Sem dúvida, as maiores vítimas são as crianças e adolescentes que acabam sofrendo as consequências das disputas de ego, de poder e judiciais, sem saber para que lado ir. Diante desta problemática, o presente trabalho procura abordar os diferentes tipos de guarda e apontar aquela que, do ponto de vista desta pesquisa, é considerada a menos impactante, ou seja, a guarda compartilhada. Os dados coletados e analisados para compor este projeto foram baseados nas consultas a artigos, livros, sítios especializados sobre o tema. Não foi deixada de lado a Constituição Federal e outros dispositivos legais do direito brasileiro. Desta forma, espera-se ofertar um trabalho que além de ofertar uma proposta menos nociva as relações entre pais e filhos separados, possa, também, levar o leitor a reflexão, afim de que esta seja a última alternativa possível. Crianças prejudicadas por uma relação dilacerada não são o objeto do desejo de qualquer pessoa de bem.

**Palavras-chave:** Direito da família. Casamento. Guarda dos Filhos. Relações Conjugais.

## ABSTRACT

The disagreements between couples happen for a long time and, in many cases, break up families by separating their members. Undoubtedly, the greatest are the children and adolescents who end up suffering as victims of the disputes of the ego, the power and the judges, without knowing what is their side. Faced with this problem, the work of work is to address the different types of custody and point out what, from the point of view of this research, is considered less impacting, that is, shared custody. The data collected and analyzed to compose the project were considered based on consultations, articles, specialized books on the subject. The Federal Constitution and other legal provisions of Brazilian law are not set aside. In this way, the waiting for another workday, in addition, can take a reflection on the relationship between parents and separated children, can lead to a reflection, in order to be a possible alternative alternative. Children harmed by a broken relationship are not the object of any good person's desire.

**Keywords:** Family Law. Marriage. Guardian of the Children. Marital Relationships.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. DO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>10</b>
2.1. ESPÉCIES E CONCEITO DE FAMÍLIAS.....	12
2.2. DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO.....	14
<b>3. DA RUPTURA DA RELAÇÃO CONJUGAL E DA GUARDA DOS FILHOS .....</b>	<b>20</b>
3.1. DA GUARDA .....	21
3.2. ESPÉCIES DE GUARDA .....	23
3.2.1. Da Guarda Unilateral.....	24
3.2.2. Da Guarda Compartilhada .....	25
3.2.3. Da Guarda Alternada .....	27
3.2.4. Do Aninhamento ou Nidação .....	27
3.3. DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	28
<b>4. DA GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>30</b>
4.1. DA GUARDA NO ÂMBITO INTERNACIONAL .....	30
4.2. DA GUARDA COMPARTILHADA NO ÂMBITO BRASILEIRO .....	31
4.3. SITUAÇÕES ESPECIAIS.....	34
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>36</b>
<b>6. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>



## 1. INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos, com o aumento dos litígios conjugais, a questão guarda vem sendo muito discutida no cenário brasileiro, assim Milano (2008, pag. 39) define guarda como, o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

Em uma das modalidades de guarda, A Lei nº. 11.698 de 13 de junho de 2008, entrou em vigor em 13 agosto de 2008 e alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, vindo a consolidar expressamente a guarda compartilhada dos filhos de pais separados. Embora na doutrina e nas jurisprudências já se fizessem presentes nas decisões de alguns magistrados, a guarda compartilhada como regra.

Assim rege o conceito de guarda compartilhada como ela sendo, os pais dividem responsabilidades e despesas quanto à criação e educação dos filhos, isso significa que ambos têm os mesmos deveres e as mesmas obrigações e também oportunidade igual de convivência com eles.

Nos tempos antigos, a modalidade de guarda era única, frequentemente fixada a mãe, deixando em muitos dos casos a parte paterna distante do menor, sem participação ativa na vida do filho e trazendo um trauma desnecessário ao menor, tudo provocado por um litígio entre os genitores sem pensar no crescimento e desenvolvimento do menor, esquecendo-se totalmente do melhor interesse do menor.

O princípio do melhor interesse da criança é difícil ser conceituado, uma vez que infinitos são os padrões comportamentais das famílias, contendo cada uma a sua própria complexidade. Por tal motivo não há um conceito pré-definido acerca do melhor interesse da criança, sendo permitido que a norma seja adaptada conforme as imprevisibilidades e especificidades de cada núcleo familiar.

O artigo 227º da Constituição Federal de 1988, nossa carta magna, define as seguintes colocações, É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

## 2. DO DIREITO DE FAMÍLIA

A presente monografia tem como sua principal finalidade tratar da Guarda compartilhada, e apresentar diversas formas de se constituir uma família dentro do âmbito Jurídico Brasileiro. Neste primeiro capítulo, serão apresentadas diversas formas de família, como também sua evolução histórica no Direito de Família brasileiro.

Direito de Família é, segundo Gonçalves (2014, p.1227) de todos os ramos do Direito, o mais intimamente ligado a própria vida, uma vez que de modo geral, as pessoas provem de um organismo familiar e a ela conservam-se vinculadas durante toda sua existência. Família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda uma organização social.

A origem da família é uma questão que por vezes 'paira' em nossos pensamentos. Quando surgiu, como surgiu, qual a origem, etc. A família é a unidade básica da sociedade e é formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligada pelos laços afetivos. Este é o conceito básico do que é família, mas a origem do termo vem de séculos atrás. Família é, para Manini (2009), um grupo de pessoas que representa uma parte da sociedade e influência e é influenciada por outras pessoas ou instituições.

Família pode ser considerada como uma instituição sagrada, com uma ampla proteção e cheia de cuidados pelo Estado diante de normas específicas consagradas na Constituição Federal e no Código Civil, como também por legislações específicas. Por essas normas, são estabelecidas as formas de formação da família, juridicamente e sociologicamente.

De acordo com Silva (2007; p.19), família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

No que concerne à família, Rodrigues (2004; p. 04) num conceito mais amplo, diz ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui,

dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. Num sentido mais estrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Dentro de uma união conjugal estabelecida pelo casamento, temos três tipos de vínculos:

- Conjugal: aquela que existe entre os cônjuges;
- Parentesco: onde se reúne todos os integrantes da família ao redor de um tronco, existindo descendência uns com os outros; e
- Afinidade: estabelece entre o cônjuge e os parentes, família do outro cônjuge;

Assim, o Direito de Família regula uma boa relação entre todos os membros de uma determinada família, bem como todas as consequências de pessoas e bens que resultam delas.

No âmbito jurídico, o Direito Civil é a disciplina que regulamenta as uniões pelo matrimônio em forma de casamento, união estável ou parentesco. O artigo 1.513 do Código Civil abrange a total liberdade do casal em respeito ao seu planejamento familiar, onde o Estado interfere no âmbito familiar apenas para oferecer recursos científicos e educacionais.

Segundo Gonçalves (2014, p. 1242):

O reconhecimento da união estável como entidade familiar, instituído pela Constituição Federal de 1988 no artigo 226, § 3º, e sua regulamentação pelo Código Civil possibilitam essa opção aos casais que pretendem estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo.

Outra característica de Direito de Família, segundo Gonçalves (2014, p. 1247) são os direitos irrenunciáveis e intransmissíveis por herança. Como filho, não se pode transferir ou renunciar sua condição de filho. O marido, não pode transferir ou contestar a paternidade do filho havido por sua esposa; assim, ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou reconhecimento de sua filiação havida fora do matrimônio.

Portanto, o Direito Civil regula as relações afetivas, que delas nascem direitos e obrigações. Com o decorrer do tempo, o conceito de família foi se modificando e a legislação brasileira, especialmente a Constituição Federal, teve que se moldar a esses novos estilos de famílias, os quais serão apresentados no próximo item.

Segundo Gonçalves (2014), as regras consagradas na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002, assim como outras legislações complementares vigentes estão fundamentadas em princípios que norteiam o Direito de Família brasileiro, que são eles:

- O princípio do respeito e da dignidade da pessoa humana;
- Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros;
- Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos;
- Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar;
- Princípio da comunhão plena de vida, baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes;
- Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar;

## **2.1. Espécies e Conceito de Famílias**

A doutrina traz várias espécies de família, dentre elas aparece a Família Tradicional. Esta é caracterizada como um grupo formado por pai, mãe e filhos, uma pequena família, pois trata-se de um grupo reduzido. Segundo Gonçalves (2014, pag. 1230):

Trata-se de instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e seu patrimônio.

As relações monoparentais também recebidas pelas normas jurídicas, passaram a ser caracterizadas como família, onde apenas um dos cônjuges arca com as despesas de seus filhos, afastando completamente a ideia de família partindo do pressuposto casamento. Para tal caracterização, um dos genitores deixa de existir na relação conjugal, para que apenas o outro seja responsável pelos atos e necessidades do menor.

Para Gonçalves (2014, página 1267), a classificação dos tipos de família são:

Família matrimonial: decorre de um casamento, essa modalidade de família era a única existente até 1988, sendo conceituada como aquela proveniente do casamento, o qual os indivíduos ingressavam por vontade própria, sendo nulo o matrimônio realizado mediante coação. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.514 ilustra que: “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Ainda, o mesmo diploma em seu artigo 1.566, delinea os direitos e deveres de ambos os cônjuges: São deveres de ambos os cônjuges: fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.

Por fim, o casamento é um ato solene, celebrado entre pessoas de sexo diferente, que se unem, sob a promessa de fidelidade e amor recíproco.

Há também a família informal, a qual decorre de declaração de união estável. A união estável foi expressamente reconhecida pela Constituição Federal de 1988. A relação não matrimonial existe já há muito tempo, sendo antes conhecida como concubinato, mas foi apenas em 1988 que a constituição reconheceu a união estável.

Após a Constituição Federal de 1988, a primeira lei que regulamentou a união estável foi a Lei nº. 8.971/94 que apresentava como principal requisito a exigência de cinco anos de convivência ou a existência de prole para o seu reconhecimento. No entanto, em razão de críticas incisivas, foi promulgada Lei nº. 9.278/96, que afastou a exigência do tempo mínimo.

Tem se, também, a Família monoparental que constitui por apenas um dos genitores com seus filhos. A Constituição Federal de 1988 reconhece em seu artigo 226 § 4º a família monoparental como entidade familiar:

A doutrina também prevê a Família anaparental: constituída somente pelos filhos, conceitua-se como sendo aquela família unida por algum parentesco, mas sem a presença de pais. É constituída pela convivência entre parentes dentro de um mesmo lar, com objetivos comuns, sejam eles de afinidade ou até mesmo econômico. Pode-se citar como exemplo: dois irmãos ou primos que convivem juntos.

A Família homoafetiva é formada por pessoas do mesmo sexo. Este tipo de relação passou a ser cada vez mais presente na sociedade, sempre com o objetivo de alcançar a felicidade plena. Desta forma, com a Lei nº. 11.340, de 2006, tivemos o reconhecimento pela legislação brasileira, ainda que apenas no âmbito da violência doméstica, da relação homoafetiva, ao dizer, em seu artigo 5º, parágrafo único que as relações nele indicadas independem de orientação sexual. Tivemos, ainda, o reconhecimento de famílias homoafetivas pela jurisprudência e pela Corte Suprema no julgamento conjunto das Adin 4277 e ADPF 132, em 05 de maio de 2011.

Há, também, a Família eudemonista, constituída ou caracterizada pelo vínculo afetivo. Já para Dias (2008, p. 16). Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

A Lei n. 12.010 de 2009 - Lei da Adoção - traz o conceito de família extensa que é: Aquela que não é fixada apenas entre pais e filhos, mas também abrange parentes próximos com os quais a criança ou adolescente mantém um grau de afinidade, afetividade e convívio.

Portanto, pode-se dizer que família são todas as pessoas ligadas por um vínculo sanguíneo, ou também aquelas unidas por afinidade e por adoção. Assim, alcança os cônjuges, companheiros, parentes e afins, independentes de serem ou não do mesmo sexo.

## **2.2. Da Família e do Casamento**

No Código Civil de 1916, no artigo 229, o principal efeito de um verdadeiro casamento era constituir uma família legítima. Legítima por se tratar de uma família

estabelecida por via de um laço matrimonial onde ambos escolheram seguir uma vida juntos. Qualquer tipo de família formada fora do laço matrimonial principal, do casamento em si, era considerado ilegítimo, chamado de concubinato, proibindo qualquer tipo de doação ou benefícios do homem casado para concubina.

Todavia, os filhos também adquiridos fora do laço matrimonial, eram considerados ilegítimos e a lei não assegurava a filiação, assim podendo ser:

Naturais: provindos do laço matrimonial, homem e mulher, onde não havia nenhum tipo de impedimento

Espúrios: os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em: a) Adulterinos; e; b) Incestuosos. (GONÇALVES, p.1249)

Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora os legitimados pelo casamento dos pais, após a concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos. O artigo 358 do Código Civil de 1916 vedava expressamente reconhecer filhos adulterinos e incestuosos.

Porém, o dispositivo foi revogado pela Lei n. 7.841, depois que a Constituição Federal de 1988 proibiu em seu texto, no artigo 227, § 6º, qualquer tipo de discriminação relativa à filiação, proclamando direitos iguais entre todos os filhos gerados dentro ou não de uma relação conjugal legítima.

Com o decorrer do tempo, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, por jurisprudências, a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, declara que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Assim, todas as restrições previstas no Código Civil de 1916, passaram valer apenas para os casos de concubinato adulterino, em que o marido, o homem tinha uma relação conjugal com sua esposa, vivia com a mesma e mantinha a concubina fora desse laço familiar entre marido e mulher.

Em caso de separação, permitia-se estabelecer normalmente uma relação com a concubina, *more uxorio*, ou seja, marido e mulher, todas as restrições tornavam-se inexistentes e não eram mais aplicadas, assim a mulher passava ser chamada de companheira.



Em 2002 o conceito de família foi ampliado quando a promulgação do novo Código Civil, reconhecendo a união estável em cinco de seus artigos de leis, tratando exclusivamente dos aspectos pessoais e patrimoniais. Assim a Constituição Federal, altera o conceito de família, impondo novos modelos.

Portanto, o Código Civil de 1916 normatizavam a família unicamente pelo casamento, sem casamento não se constituía uma família de fato, modelo patriarcal. Esse mesmo Código estipulava como idade principal para se casar, a de dezesseis anos para a mulher e dezoito anos para o homem, descrito no artigo 183, XII

Na Constituição Federal de 1988 observando toda transformação, adotou um novo caminho de valores baseado na dignidade da pessoa humana, revolucionando o Direito de Família a partir de três eixos básicos. Assim esclarece Gonçalves (2014, p.1257): o artigo 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição.

O mesmo autor ressalta o segundo eixo transformador, o qual se encontra no artigo 227, § 6º, é a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento.

A terceira revolução, está nos artigos 5, I e 226, § 5º da Carta Magna, ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002 trouxe mudanças a partir da segunda metade do século passado, juntamente com a Constituição Federal de 1988, trazendo inovações que o levaram a aprovação do Código Civil de 2002, convocando todos os pais para uma paternidade responsável com conquistas genéticas sobre os estudos do DNA.

A família é a base da sociedade e desfruta de total proteção do Estado, mas tal família não estabelecida apenas por via de um casamento, um negócio jurídico bilateral, como nos tempos antigos, mas por duas novas formas de família, a constituída pela união estável e a formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Colocou a capacidade civil de homem e mulher de maneira igual para a realização de um casamento, dezesseis anos de idade, em razão da igualdade de direitos, com uma autorização prévia dos pais ou de seus representantes legais, enquanto não obtida a maioria civil, ou seja, dezoito anos de idade.

Como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminar os filhos, responsabilidade mutua dos pais dentro do exercício do poder de família e reconhecer como família o monoparental.

A nova carta magna, dentre tantas inovações, todas elas dão uma visão geral de profundas e pertinentes modificações inseridas no Direito de Família, que foram fruto de inúmeras situações vividas no cotidiano, no dia a dia.

Portanto, as relações afetivas existentes atualmente são das mais diversas, como já visto há várias espécies de famílias existentes em nossa sociedade e o Direito de Família brasileiro não mais atrela a família ao casamento, porém o casamento é uma instituição protegida pelo nosso sistema jurídico, com formalidades exigidas por lei a fim de proteger a família.

Casamento é considerado pelo nosso ordenamento jurídico, como bem observa Gonçalves (2014), um contrato bilateral e solene, pelo qual, homem e mulher se unem de forma voluntária, legalizando suas relações afetivas e sexuais, de forma a garantir uma comunhão de vida e interesses. Ambos se comprometem a criar, educar e sustentar o menor que foi provindo da relação conjugal do casal.

Todas as definições de casamento são caracterizadas como uma união entre homem e mulher, ambos de sexo oposto, porém, este requisito foi modificado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que reconheceu não ser necessária a igualdade de sexos para constituir um casamento, assim as uniões homoafetivas obtiveram amparo jurídico perante suas relações.

Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto.(GONÇALVES, 2014, p.1279)

O Supremo Tribunal Federal – STF -, em cinco de maio de dois mil e onze, reconheceu a família homoafetiva como uma família legal perante a lei, permitindo um vínculo de união estável para os cônjuges do mesmo sexo. Antes deste marco, a

união estável era um direito apenas de homem e mulher, assim regularizava o artigo 1.723 do Código Civil.

Outra decisão relevante do STF foi afastar a expressão homem e mulher do texto de lei para permitir uma interpretação ampla aos casais do mesmo sexo. Assim, a união estável, tornou-se uma só, para casais heteroafetivos e homoafetivos. A partir de então, diversos casais homoafetivos, procuraram converter suas uniões estáveis em casamento, tornando-se uma realidade dentro do Brasil.

Em 14 de Maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, editou a resolução nº 175, e publicou no dia 15 de maio de 2013, autorizando em definitivo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja de forma direta ou conversão de união estável, determinando a proibição das autoridades competentes de recusar-se a habilitar, celebrar casamento civil, ou conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Conseqüentemente, diversas inovações foram trazidas pelo Código Civil de 2002 quanto ao casamento, vejamos algumas delas:

A Gratuidade na celebração do casamento, onde com uma declaração de pobreza de um dos cônjuges, sob pena de lei, se efetua a habilitação do registro sem custos, artigo 1.512 do código civil;  
 Regulamentação e facilitação do registro civil do casamento religioso;  
 Redução da capacidade civil do homem para casar-se com dezesseis anos de idade, artigo 1.517 do código civil;  
 Impedimentos relativos do código civil de 1916, não mais como impedimentos, mas como casos de invalidez relativa do casamento, artigo 1.550 do código civil;  
 A substituição dos antigos impedimentos para causas suspensivas, artigo 1.523 código civil;  
 Exigência de homologação para casamento por um juiz, artigo 1.526 do código civil, limitada posteriormente, pela Lei nº 12.133, de 17.12.2009, aos casos em que tenha havido impugnação do oficial, do ministério público ou de terceiros;  
 Oficialização do termo sobrenome e possibilidade de adoção do utilizado pelo outro, por qualquer um dos cônjuges, artigo 1.565 do código civil;  
 Casamento por procuração mediante instrumento público, com validade restrita a noventa dias, dentre outros elencados em nosso ordenamento jurídico. (GONÇALVES, 2014, p. 1291)

Assim, se traz a finalidade de um matrimônio, uma comunhão plena de vida, como prevê o artigo 1511 do Código Civil, estimulada por sentimentos, amor, carinho, respeito, companheirismo, afeto conjugal, existentes entre o casal, formando uma família, assegurada na igualdade de direitos e deveres para ambos os cônjuges.

Segundo Gonçalves (2014, p. 1297):

Os demais objetivos embora também importantes, são secundários, não essenciais, como a procriação, a educação dos filhos e a satisfação sexual, aliados a atribuição de nome de um dos cônjuges ao outro, e o de ambos aos filhos, bem como a legalização de estados de fato.

Ratifica-se então, que neste primeiro capítulo da presente monografia, foram trazidas breves considerações sobre o Direito de Família, tendo em vista que uma criança sempre estará vinculada a uma família, seja de sangue, por afinidade ou por adoção. E infelizmente poderá ocorrer o rompimento dessas relações afetivas, nascendo assim a necessidade de discutir a guarda dessa criança incluída no seio desta família.

### 3. DA RUPTURA DA RELAÇÃO CONJUGAL E DA GUARDA DOS FILHOS

Relacionar-se com alguém nem sempre se torna um ato tão simples como parece, a ruptura de um laço matrimonial, casamento por exemplo, geram consequências que segundo estudos podem ser mais prejudiciais que a morte de um dos genitores.

Um relacionamento conjugal ultrapassa completamente o viés emocional, composto por aspectos que vão além dos sentimentos, aspectos que são totalmente importantes, indispensáveis para uma convivência em harmonia, respeito, carinho, afeto, uma situação econômica estável, bem resolvida.

Segundo Farias (2017, p. 379):

É certo e incontroverso que todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tende naturalmente a permanência. Não há casamento que seja celebrado pensando em sua dissolução. É preciso observar, de qualquer maneira, que muito mais relevante que a manutenção de um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges (e no final das contas, com a violação da própria dignidade deles), é o respeito às liberdades e garantias individuais. Surge assim, nesse cenário, o divórcio como a medida jurídica de nítida inspiração garantista, concretizadora da própria liberdade humana de autodeterminação reconhecida em sede constitucional (artigo 226 § 6º).

O artigo 226 § 6º da Constituição Federal consagra que: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Porém, tal artigo foi modificado pela Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. Tal emenda exclui a parte final do dispositivo constitucional, desaparecendo toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que cabe ser concedido sem prévia separação e sem a exigência de prazos. O § 6º do art. 226 da Constituição Federal, então, passa a vigorar, a partir de 13 de julho de 2010 da seguinte forma: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, como consta em, Fernandes (2010).

Segundo, Nader (2016, p. 163):

O conceito de divórcio se dá por uma das modalidades de extinção do vínculo matrimonial, que tem por pressuposto a separação judicial,

atualmente sem exigência de prazo. A separação pode ser tanto a consensual quanto a litigiosa. Como se depreende, a modalidade dispensa o elemento culpa; daí dizer-se que é divórcio-remédio. Curial na modalidade de divórcio sub examine é a prévia separação judicial ou extrajudicial. Irrelevante a alegação e prova de que o requerente não cumpriu as obrigações contraídas na separação formalizada.

Assim, o direito do divórcio garante para cada pessoa o poder de cessar uma comunidade de vida conjunta, onde por algum motivo ao qual não se interessa a terceiros e nem mesmo ao estado, não houve uma relação saudável a ponto de se manter uma estrutural conjugal.

Na estrutura do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel, segundo, Farias (2017, página 384), inspirado em ideias patrimonialistas e patriarcais e sob a direta influência da Igreja Católica, o Direito das Famílias não admitiu a dissolução do vínculo matrimonial em vida. Vigorava a máxima, o que Deus uniu, o homem não separa.

Assim, segundo Nader (2016, p. 161):

A separação oficial e o divórcio são institutos distintos, com finalidades próprias; enquanto o primeiro extingue apenas a sociedade conjugal, o segundo dissolve o vínculo matrimonial e, com ele, a sociedade entre os cônjuges. Cada qual pode cumprir a sua finalidade sem a participação do outro, mas sob certo aspecto eles se completam.

### **3.1. Da Guarda**

O Processo do divórcio para ambos os genitores, envolve uma discussão árdua em prol de diversas divisões, bens, dívidas e tantas outras coisas provenientes de um relacionamento, mas a principal delas que deve ser levada em consideração, é a situação do menor, do filho, como o mesmo sem muito desenvolvimento, reagirá mediante um processo dolorido de separação das duas pessoas mais importantes dentro do seu mundo.

A guarda em si, não dispõe um conceito próprio, como aponta Nader (2016, p. 170) ao afirmar que a guarda dos filhos é dever inerente ao exercício do poder familiar. Quando a sociedade conjugal se desfaz, permanece o poder familiar, mas um dos ex-consortes perde a guarda, ressalvada a hipótese de compartilhamento.

Excepcionalmente a guarda é confiada, por razões diversas, a terceiros, geralmente avós ou outros parentes próximos.

Por outro lado, a guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes, como ensina Milano (2008, p. 39):

Todos os seres humanos são passíveis de sentimentos, porém a proteção de um filho é uma decorrência natural do ser humano, exercida por um pai ou por uma mãe capaz de entender a importância de seu filho para si próprio, tal importância decorrente de diversas necessidades para uma boa sobrevivência, amor, carinho, afeto, educação, aconselhamento, apoio e tantos outros.

Assim, a lei em si, serve de orientação para aqueles pais que faltam capacidade de discernir o melhor para seu filho, em momentos complicados para o menor, onde se atravessa um processo de divórcio, uma dissolução de união estável e etc.

A relação de sentimentos, que deve unir os pais aos filhos, foi legitimada juridicamente dentro de nosso ordenamento jurídico, especialmente no artigo 1.579 do Código Civil, atentou-se sobre essa situação no corpo de seu texto: O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

O Artigo 1.632 do Código Civil também menciona o seguinte: a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Segundo Nader (2016, p.162):Através do divórcio, a guarda dos filhos deve ser compartilhada ou confiada a um dos progenitores.

Para Gonçalves (2014, pag. 2560):

Tal dever-direito cabe a ambos os pais. Nenhum tem mais direito do que o outro. Se estes se encontram separados de fato, a tendência é manter o statu quo, deixando-se os filhos com quem se encontram, até que, no procedimento da separação judicial, o juiz resolva definitivamente a situação, decidindo em favor do que revelar melhores condições para exercer a guarda.

### 3.2. Espécies de Guarda

Para analisar as espécies de guardas presentes em nosso ordenamento jurídico, precisa-se entender o motivo pela qual, tais guardas surgiram e estão cada vez mais presentes dentro de nossa sociedade.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 garante ao filho menor que “toda criança e todo adolescente tem direito à vida, à saúde, à alimentação, à liberdade e à convivência familiar e comunitária e será posto à salvo de toda forma de negligência, violenta, discriminação, crueldade e opressão”.

O artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, dispõe um tratamento igual para as mulheres e homens, pais e mães, direitos e deveres iguais entre ambos, também referentes à sociedade conjugal, estes previstos no artigo 226, § 5º, vejamos: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Diante do exposto, nota-se que a guarda surge devido a um processo de incompatibilidade conjugal, decorrente de um litígio entre pai e mãe, onde ambos têm os direitos exercidos de maneira igual sobre seus filhos, mas a guarda é constituída para aquele ao qual tem uma condição melhor para cuidar da criança.

Neste sentido:

Ao definir a guarda, sendo o filho de pouca idade, a tendência é de se confiá-la à mãe, pois nesta fase da vida a criança depende mais da proteção materna do que de seu progenitor. A mãe, todavia, pode carecer de condições básicas para manter o filho em sua companhia, seja por problemas de saúde, irresponsabilidade comprovada, dependência a drogas, entre diversos motivos possíveis, quando então outra deverá ser a opção do juiz. Em torno dos dez ou doze anos, quando a puberdade se aproxima, será relevante, para a análise da conveniência, a manifestação de vontade do menor. (NADER, 2016, p. 170)

O artigo 33 do Estatuto da criança e do Adolescente consagra que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.



Assim, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta algumas modalidades de guarda nos artigos 1.583, Código Civil de 2002, e 1.584, § 5º, Código Civil de 2002, sempre observando e levando em consideração o melhor interesse para criança ou adolescente. Consideram-se aqui as espécies de guardas permitidas pelo nosso sistema jurídico: guarda unilateral, alternada, aninhamento ou nidação, e compartilhada.

### 3.2.1. Da Guarda Unilateral

É um tipo de guarda muito conhecida também como guarda exclusiva, a mais utilizada em nosso ordenamento jurídico, o menor ficar sob responsabilidade de um genitor apenas, geralmente a mãe é a figura mais recorrente neste tipo de guarda, pois a mãe é quem tem uma proximidade maior com o filho na maioria dos casos. Ela é quem guia e decide todas as questões que envolvam a criança, sem nenhuma consulta ao pai, pois o mesmo não detém a guarda. A guarda paterna tem aumentado bastante nos últimos anos.

O Artigo 1.583, do Código Civil estabelece que a guarda seja unilateral ou compartilhada, e complementa em seus parágrafos:

§ 1º – Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua;

§ 5º – 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 ou psicológica e a educação de seus filhos.

A guarda unilateral oferece uma desvantagem para uma das partes, no âmbito pessoal, para o pai, o mesmo não se envolve na vida social e familiar da criança, na educação do filho. Praticamente o pai se afasta do menor e cumpre apenas o que foi acordado em audiência entre ele e a mãe. A guarda unilateral contribui para esse afastamento entre pai e filho, da convivência e educação do menor.

Na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores. (MILANO, 2008, p.122)

A guarda unilateral juridicamente é acordada para o detentor (a) da guarda, uma quantidade de dias na semana que o menor ficará sob sua responsabilidade e a visita do outro genitor não detentor da guarda, é estipulada também em dias, dois dias da semana, ou um fim de semana sim, outro não, assim as partes acordam em juízo a melhor maneira, atendendo sempre a vontade explícita do menor.

Nesta modalidade de guarda, a criança não tem uma residência fixa, pois ela passa um determinado tempo em um local e outro determinado tempo em outro local, afetando seus hábitos contínuos devido a tantas mudanças em seu dia a dia. Levando em consideração que, em cada local ao qual a criança convive, é educada de uma maneira, com costumes diferentes, gostos diferentes, ações diferentes, podendo assim causar um transtorno emocional recorrente em seu psicológico.

### 3.2.2. Da Guarda Compartilhada

Devido a alguns pontos prejudiciais no desenvolvimento do menor, foi necessário estabelecer uma nova forma de guarda vigente em nosso ordenamento, assim, surgiu a guarda compartilhada.

Nesta modalidade de guarda, os pais possuem juntos a guarda do menor, os dois devem cumprir com as obrigações em favor da criança e todas as decisões os dois devem decidir juntos, educação, saúde, tudo relacionado a vida do menor, assim uma das partes, não ficará ausente diante do crescimento e desenvolvimento de seu filho. É necessário a cooperação dos pais para que esta guarda funcione

De acordo com Nader (2016, p. 170), o Código Civil não previa, expressamente, o compartilhamento da guarda, enquanto a doutrina admitia a possibilidade jurídica da fórmula, pela qual os pais, embora não vivendo sob o mesmo teto ou não constituindo entidade familiar, dividem entre si as atribuições de vigilância, companhia e proteção dos filhos. A Lei nº 11.698, de 13.06.2008, entretanto, dispôs a respeito, alterando as prescrições dos artigos 1.583 e 1.584 do Códex. A Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, visando estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”

A guarda compartilhada pode ser adotada por consenso dos genitores, ou por decisão do magistrado. Sempre quando não houver um acordo entre as partes, a guarda deve ser compartilhada conforme diz o artigo 1.584, § 2º do Código Civil. Vejamos:

Artigo 1.584 do Código Civil – A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 2º – Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Ainda, conforme Nader, (2016, p. 171):

a guarda compartilhada requer o diálogo e o espírito de compreensão entre os pais, pois, do contrário, em vez de contribuir para a melhor orientação dos filhos, será para estes uma fonte de conflitos. Dificilmente na prática o juiz encontrará oportunidade para a aplicação da hipótese do citado § 2º, que exige soma de interesses e tendência coletivista.

É necessário a cooperação dos pais para eu esta guarda funcione, respeito principalmente, é necessário que qualquer magoa e desavença da relação conjugal seja deixada de lado para o interesse do menor prevaleça acima de tudo e assim não se comprometa a guarda por uma disputa dos pais pela atenção do filho, carinho e afeto. Essa modalidade de guarda é o assunto principal da presente monografia e por isso será tratada com maior profundidade no próximo capítulo.

### 3.2.3. Da Guarda Alternada

A guarda alternada pode ser um pouco confundida com a guarda compartilhada. Tal modalidade de guarda, garante ao menor duas moradias ao mesmo tempo, alternando entre pai e mãe, ou seja, por certo período de tempo o menor está sob a guarda da mãe, em outro período de tempo o menor está sob a guarda do pai e assim alternam entre os genitores, os cuidados, a educação e os interesses do filho.

Grisard Filho, (2002, p. 79), ensina que:

Esta modalidade de guarda se opõe fortemente ao princípio da continuidade, o qual deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança”, além mais nesse tipo de guarda não há o devido respeito pelo princípio do melhor interesse da criança.

Nesta modalidade existe uma crítica relacionada a continuidade do menor, ou seja, ele não consegue ter hábitos contínuos, padrões de vida de maneira a garantir a ele um crescimento e desenvolvimento saudável. GrisardFilho, (2002, pagina 79)

### 3.2.4. DoAninhamento ou Nidação

Esse tipo de guarda é praticamente inutilizável no Brasil, mas trata-se de uma espécie de guarda onde há um revezamento entre pai e mãe. SegundoGrisard Filho (2002, p. 79):

Análoga à guarda alternada, no aninhamento ou nidação, o revezamento parte dos pais, que moram na casa onde vivem os filhos, em períodos alternados. Trata-se de uma modalidade rara, de difícil realização e longevidade reduzida. Isso porque, envolve uma logística complicada, na qual se destaca os altos custos para a manutenção de três casas: uma para o pai, outra para a mãe e uma terceira para o filho recepcionar os pais, alternadamente.

Para o âmbito jurídico brasileiro, entende-se inviável esse tipo de guarda, se tornando caso raro tal guarda ser decretada por um Juiz, pelos altos custos existentes dentro dessa modalidade. (GRISARD FILHO, 2002, p.79)

### 3.3. Do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Melhor interesse da criança trata-se de um princípio que prevalece nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, através deste princípio, o STJ tem pautado suas decisões, seja em adoção, expulsão de estrangeiro ou disputa por guarda.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º diz:

Artigo 4º – É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Em se tratando de criança e adolescente, que são vulneráveis, é necessário sempre buscar uma saúde mental, sem traumas, sem problemas ao qual possa prejudica-los de alguma maneira, assim o judiciário vem trabalhando para que este princípio seja sempre cumprido da melhor forma possível.

Segundo Nader (2016, p. 172):

Se o casamento ou a união estável gerou alguma incompatibilidade para a guarda, esta deverá ser objeto de reapreciação do juiz, mediante provocação da parte interessada. Pelo texto legal, a perda da guarda se verifica apenas se os menores não são tratados convenientemente. É possível, entretanto, que a nova relação familiar seja rejeitada de tal forma pelo menor, que a sua permanência no lar, ao lado do casal, se torne para ele insuportável. Ainda nesta situação deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança. Em princípio, se o menor encontra-se ajustado ao lar conjugal, sendo bem tratado, não será conveniente a troca de sua guarda. Se, entretanto, comprovadamente a mudança for mais vantajosa para o menor, seja para efeito de estudos, tratamento médico, convívio com seus irmãos, deverá ser determinada pelo juiz. A modificação se impõe, igualmente, quando, apesar de ajustado ao meio familiar, o convívio for nocivo à formação do menor.

Diante desta situação, tanto a criança quanto o adolescente se destacam por ainda não terem uma capacidade necessária para comandar, entender e dirigir o que é melhor para si, por esse motivo é que em casos de litígio em os pais, uma

briga por guarda, onde ambos disputam o filho de forma acirrada, este princípio deve ser aplicado para que não prevaleça a vontade dos pais, mas sim, que seja concedida uma decisão baseada no melhor para o filho, afinal, o prejudicado nesta relação conturbada, sempre será o menor.

## 4. DA GUARDA COMPARTILHADA

### 4.1. Da Guarda no âmbito internacional

A guarda compartilhada, Peres (2002), surgiu na Inglaterra por volta de 1960, tendo se expandido para Europa e depois para o Canadá e os EUA.

Na Inglaterra, pioneira na introdução do instituto, o sistema da *commomlaw* teve a iniciativa de romper com o tradicional deferimento da guarda única que sempre tendenciava para a figura materna, passando assim os tribunais a adotarem a conhecida *split ordem*, que significa repartir, dividir, os deveres e obrigações de ambos os cônjuges sobre seu filho, Peres (2002).

Ainda, segundo o mesmo autor (2002), dessa maneira, as decisões dos tribunais ingleses passaram a beneficiar sempre o interesse do menor e a igualdade parental, abolindo definitivamente a expressão direito de visita, possibilitando assim maior contato entre pai/mãe e filho.

Tal instituto aos poucos foi ganhando repercussão na Europa, e aproximadamente no ano de 1976 foi profundamente assimilada pelo direito francês, com a mesma intenção da guarda compartilhada criada no direito inglês; ou seja; diminuir os males que a guarda única provoca para os cônjuges e seus filhos, como anotado, também, em Peres (2002).

Assim, o ordenamento jurídico francês, após a introdução da Lei 87.570, ratificou o posicionamento dos tribunais, passando no seu art. 373-2 a mencionar que todos os direitos inerentes dos pais sobre seus filhos continuarão após o divórcio, nesses termos: Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum acordo pelos genitores, quer por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou a criança, salvo neste último caso, o direito de visita e do controle do outro.

Pode-se afirmar conseqüentemente que o Direito Francês adotou o modelo da guarda compartilhada apenas jurídica, em que um dos cônjuges fica com a guarda física e o outro tem o direito de visita.

Depois de ganhar respaldo na Europa, o instituto atravessou o Oceano Atlântico até chegar no Canadá, aonde figura com a nomenclatura de *sole custody*, tendo a mesma visão do direito francês; ou seja; o exercício da guarda compartilhada somente jurídica.

Porém, onde o instituto ganhou maior desenvolvimento, sem dúvida, foi nos EUA, ganhando grande adesão por parte da sua população. No Estado do Colorado, por exemplo, aproximadamente 90% das guardas é feita pelo modelo de guarda compartilhada, conforme autor citado anteriormente (2002).

#### **4.2. Da Guarda Compartilhada no Âmbito Brasileiro**

Para Farias e Rosenvald (2017, p. 684), através do instituto da guarda de filhos, se impôs uma opção traumática para a convivência entre pais e filhos após a dissolução afetiva: um se transformando em guarda e outro em alimentos e visitação. Em tempos mais recentes, porém, lastreado na necessária visão interdisciplinar do fenômeno familiar, o direito das famílias contemporâneo vem reconhecendo uma nova compreensão da matéria, com o propósito de respeitar a tabua axiológica constitucional, dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial, liberdade e a proteção integral infanto-juvenil, garantida constitucionalmente.

É nessa arquitetura que alvoreceu a guarda compartilhada ou guarda conjunta, já recomendada pela Psicologia, como mecanismo para resguardar os interesses dos filhos menores nas dissoluções afetivas, segundo Farias e Rosenvald (2017, p. 684).

Portanto, a guarda compartilhada está consagrada no artigo 1583 do Código Civil brasileiro, onde expressa que a guarda será unilateral ou compartilhada. E em seus parágrafos complementa:

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).



§ 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Ainda o art. 1.584 do mesmo diploma legal estabelece que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1o Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

Diante dos acima mencionados textos de lei, Farias e Rosenvald (2017, p. 686) explica que de fato o art. 1.584 do Código Civil estabeleceu a guarda compartilhada como regra geral do sistema jurídico brasileiro decorrendo a sua fixação de requerimento consensual das partes ou de decisão direta do juiz, ouvindo o Promotor de Justiça, cujo compromisso, em tais demandas não é com a manutenção do vínculo nupcial, mas com a proteção integral do menor.

Prossegue dizendo:

Em verdade, o referido diploma legal é declaratório, não constitutivo. Isso porque a guarda compartilhada não foi criada pela lei, mas, tão só admitida de modo expresse, com o escopo de evitar distorções ou negativas indevidas. A própria redação anterior do art. 1.584 do Código Civil já preconizava que o Juiz, não havendo ajuste entre as partes, deveria atribuir a guarda ao genitor que apresentasse "melhores condições", deixando subentendida a possibilidade de que, se apresentando ambos os genitores com condições adequadas, defluiria como consectário lógico, a guarda conjunta, respeitando, no ponto, o melhor interesse da criança (CF/88, art. 227).

Com isso, modificando o sistema originário adotado pela Codificação de 2002, a guarda dos filhos somente será unilateral quando o casal não tiver interesse no compartilhamento da convivência ou quando assim indicar o melhor interesse da criança. De fato, existem hipóteses nas quais o casal pode não ter interesse na guarda conjunta, por conta de circunstâncias de ordem pessoal ou que não recomendem o compartilhamento, como no exemplo de um deles residir em localidade distinta de considerável distância. Farias e Rosenvald (2017, p. 686).

Para Nader, (2016, p. 173), os pais possuem o dever de criar e educar os filhos menores, propiciando-lhes as condições necessárias para se conduzirem, no futuro, com autonomia na dinâmica social. Correlato ao dever, os pais possuem o poder de agir, a fim de prover as necessidades materiais e morais de seus filhos menores.

Assim veja-se que a extinção do vínculo matrimonial não altera o dever dos genitores de propiciar melhores condições ao filho menor, se preocupando sempre pelo interesse pessoal da criança, em seu pleno desenvolvimento emocional.

Nader segue dizendo (2016, p. 173):

Na ausência de litígio, o casal define a guarda dos filhos. Todavia, cabe ao juiz avaliar as condições necessárias à homologação de tal acordo. Definição da guarda por ato do juiz: Como nas dissoluções consensuais, nem sempre o acordo do casal atende ao melhor interesse dos filhos, assim, o juiz poderá dispor diversamente sobre a guarda. Se considerar possível a guarda compartilhada, está deverá ser adotada. Se nenhum dos ex-cônjuges revela condições necessárias à proteção, ao amparo e à educação dos filhos, o juiz deverá optar por fórmula diversa, como a de confiar a guarda aos avós ou aos tios. Em qualquer solução deverá prevalecer o princípio do melhor interesse.

### 4.3. Situações Especiais

Para Nader, (2016, pagina 172), O direito de visita é irrenunciável, pois o interesse em questão é, sobretudo, dos filhos, que carecem da presença e do convívio de seus pais. Esse direito é considerado líquido e certo e enseja mandado de segurança, a fim de assegurar o seu exercício. Trata-se, propriamente, de um direito natural, que não pode ser subtraído dos pais, quaisquer que sejam as suas culpas. Devido a circunstâncias especiais, pode não ser recomendável o seu exercício durante determinado período, mas não há lei que exclua o direito de visita.

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

Assim, Nader (2016, p. 172) prossegue dizendo que, assistirá ao progenitor, a quem não for deferida a guarda, além do direito de visita, o poder de fiscalizar o modo como o filho está sendo criado. Esse poder deve ser exercitado em termos, sem criar constrangimentos ou ser invasivo.

Em contrapartida ao poder de fiscalizar há o direito à privacidade do titular da guarda. Se houver um bom entendimento, diálogo entre os pais, a tarefa de acompanhar o desenvolvimento do filho será facilitada. Quando falta a compreensão entre os pais e o egoísmo prevalece em detrimento dos filhos, as questões judiciais se transformam em verdadeiras batalhas, tão mais intensas quanto maior o poder econômico das partes, que não medem esforços ao contratar profissionais especializados e de renome, nem consideram as despesas de toda ordem. Todos os remédios jurídicos são articulados visando a conservar a guarda ou a revertê-la. Chega-se a tentar todos os caminhos, alguns impróprios, como o do habeas corpus até para o exercício do direito de visita. E o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre este remédio heróico, negando-lhe o poder de anular o regulamento do direito de visita.

Nader também diz, (2016, pagina 173), As condições do exercício da guarda, bem como a verba alimentar disponibilizada para os cuidados, a criação e a educação dos filhos, devem se ajustar às peculiaridades do caso concreto. Assim, se o filho padecer de doença que exija cuidados e dedicação maior, os deveres dos

pais deverão de corresponder a tais necessidades. Se as necessidades especiais se revelarem posteriormente à homologação ou definição judicial da guarda, as condições então fixadas deverão ser objeto de revisão pelo juiz, mediante provocação de um dos pais, salvo se houver consenso espontâneo por parte destes. Ao ascendente que não couber a guarda é garantido o direito de visita, definido consensualmente ou pelo juiz. Ao progenitor que não possui a guarda é permitido o direito de fiscalização das condições em que o filho menor está sendo criado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, é possível afirmar que a guarda compartilhada pode resultar no melhor interesse do menor, para que não haja um distanciamento entre o genitor, onde na maioria dos casos é o pai e o menor, filho, o maior prejudicado em situações de conflitos, litígios conjugais entre ambos os genitores. O termino da relação conjugal pode abalar a parte mais frágil da relação, os filhos, crianças sem estabilidade emocional capaz de superar este tipo de perda, a convivência familiar entre pais e filhos, crianças que dependem da atenção de ambos os genitores para um crescimento saudável e eficaz.

Nos dias de hoje, entende-se que a guarda única declarada a mãe não é a melhor forma de se atender o melhor interesse da criança. O distanciamento provocado entre o menor e o Pai na grande maioria dos casos, afeta diretamente no crescimento do menor pela falta da entidade paterna perto de si, fazendo todas as atribuições de um bom pai, para contribuir com o crescimento saudável de seu filho.

Afeta também em decisões importantes sobre a vida do menor, quanto ao seu bem-estar, educação, criação e dentre outras coisas relacionadas a criança.

Entende-se que na Guarda compartilhada, é criado um sistema para que ambos os pais separados, entreguem ao filho (a) as mesmas condições de vida, o menor estará sob a responsabilidade de ambos mesmo com a relação conjugal acabada, vivenciando e contribuindo de maneira ativa com o crescimento da criança, de maneira saudável, digna e inteligente.

A lei da guarda compartilhada surgiu para isto, proporcionar as crianças, filhos e filhas de pais separados, a preservação do superior interesse do menor, protegê-los pensando sempre em sua estabilidade emocional e pessoal, para que o menor tenha uma formação de personalidade de maneira correta, sem nenhum tipo de trauma que possa ser gerado com a separação de ambos e a falta de convívio com um dos genitores.

Porém, os pais devem entender e ter o compromisso com o bem-estar da criança, dispostos a participar ativamente de sua vida, deixar de lado suas indiferenças pessoais e pensarem somente no que é melhor para sua prole, pensar o menor precisa tanto da parte materna quanto paterna, e em seu desenvolvimento

saudável como ser humano, ainda sendo criança, sem discernimento total do conflito existente.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13058. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.** Brasília, p. 1-2, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 13058. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Brasília, p. 1-2, jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CABRAL, Paulo; PADILHA, Adriano. **Significado de guarda compartilhada.** 29 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/guarda-compartilhada/>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Comentários - Família Pluriparental, uma nova realidade.** 29 de dezembro de 2008.

DONATINI, Mariana. **Tipos de família.** 2016. Disponível em: <<https://mariana.donatini.jusbrasil.com.br/artigos/407076137/tipos-de-familia>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

FEDERAL, Senado. **Constituição da república federativa do Brasil. Brasília: Senado,** p. 28, 1988.

FERNANDES, Brenda. **O Novo Divórcio** (Emenda Constitucional nº 66/2010). 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5938/O-Novo-Divorcio-Emenda-Constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

SILVA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.Vol. V - Direito de Família.**16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

FARIAS, Cristiano C.; NADER, Paulo; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias,** Vol. 6 (2017), Curso de Direito Civil – Vol.5 2016.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil, Vol.3 – Esquemático.** 2014

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família.** 3.ed. rev. e atual. v.VI. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 01.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** 4ª rev., atual. E ampl. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2009. p. 35.

GRISARD FILHO, Waldir. **Quem ainda tem medo da guarda compartilhada?** Boletim Jurídico do Instituto Brasileiro de Direito de Família, n.51, ano 8. jul. /ago. 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** v. 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JUSBRASIL. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em ações de guarda de menores.** 2016. Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/403447184/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-em-acoes-de-guarda-de-menores>>. Acesso em: 18 maio 2018.

MANINI, Thais. **A origem da família.** 03 set. 2009. Disponível em: <<http://www.bigmae.com/a-origem-da-familia/>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Vol.5** 2016

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda Compartilhada.** 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3533/guarda-compartilhada/3>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.** 2014. Disponível em: <<https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada.** 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, Daniel Vinicius Ferreira. **Modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56157/modalidades-de-guarda-existent-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 05 jun. 2018.