



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

**LUCAS DE HOLANDA MARCOLINO CARDOSO**

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB O PRISMA DO MELHOR  
INTERESSE DO MENOR**

**Assis/SP  
2019**



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

**LUCAS DE HOLANDA MARCOLINO CARDOSO**

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB O PRISMA DO MELHOR  
INTERESSE DO MENOR**

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: Lucas de Holanda M. Cardoso**  
**Orientador: Edson Fernando Picolo de Oliveira**

**Assis/SP**  
**2019**

## FICHA CATALOGRÁFICA

C268g CARDOSO, Lucas de Holanda Marcolino.

A Guarda Compartilhada sob o prisma do melhor interesse do menor /  
Lucas de Holanda Marcolino Cardoso. – Assis, 2019.

51p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). Fundação Educacional do  
Município de Assis-FEMA.

Orientador: Ms. Edson Fernando Picolo de Oliveira

1. Guarda Compartilhada. 2. Menor-guarda.

CDD342.1642

# **A GUARDA COMPARTILHADA SOB O PRISMA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

**LUCAS DE HOLANDA MARCOLINO CARDOSO**

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:** EDSON FERNANDO PICOLO DE OLIVEIRA

**Examinador:** EDUARDO AUGUSTO VELLA GONÇALVES

**ASSIS/SP  
2019**

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha Mãe Adelina, por ser meu maior exemplo de vida, ao meu pai Sebastião pela paciência e incentivo, e aos meus irmãos Paulo Henrique e Maria do Carmo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da minha vida, e por ele ser meu alento em meio as dificuldades e desafios.

À minha mãe e ao meu pai por toda abdicção, empenho e incentivo que dedicaram à minha criação, e por serem referenciais para mim de luta, determinação e superação.

Ao meu querido irmão por ser meu melhor amigo e o responsável em prover os meus estudos. Obrigado por me ensinar com o seu exemplo de vida, me apoiar e acreditar em mim.

À minha irmã Maria do Carmo por ter me alfabetizado, por ser minha amiga, incentivadora e pela paciência que teve comigo durante todo o meu processo de desenvolvimento infanto juvenil.

À minha namorada Mikaelly, a qual tive o privilégio de conhecer no decorrer do curso e se tornou minha melhor amiga, confidente, e companheira de estudos. Obrigado por todo o seu amor, apoio e carinho!

Ao professor Edson Fernando Picolo de Oliveira, por aceitar o desafio de ser meu orientador e direcionar este trabalho com sapiente maestria.

À todos os professores e funcionários da instituição, pelas lições ensinadas e compartilhadas no convívio diário.

Aos companheiros de sala que permaneceram perseverantes rumo à conclusão do curso.

A todos aqueles que de forma direta ou indiretamente contribuíram para o êxito da realização deste trabalho.

“Cada segundo é tempo para mudar tudo para sempre”. (Charles Chaplin).

## RESUMO

Com a dissolução do casamento, muitas vezes, os menores resultantes da união ficam vulneráveis à atenção, ao carinho ao afeto e aos cuidados por parte dos pais, pelo fato da guarda unilateral atribuir a responsabilidade apenas a um dos genitores. Assim, a criança se vê dividida entre pai e mãe em decorrência do litígio entre eles. Nesse sentido, o instituto da guarda compartilhada atua a fim de possibilitar a convivência harmoniosa dos menores com os pais, objetivando assegurar o melhor interesse da criança, após a separação judicial dos seus genitores.

**Palavras-chave:** Pais. Guarda Compartilhada. Melhor Interesse.

## **ABSTRACT**

With the dissolution of marriage, minors resulting from the union are often vulnerable to parental attention, affection and care because one-sided guardianship confers responsibility on only one parent. Thus, the child is divided between father and mother as a result of their litigation. In this sense, the institute of shared guard acts in order to enable the harmonious coexistence of minors with their parents, aiming to ensure the best interest of the child, after the judicial separation of its parents.

**Keywords:** Parents. Shared Guard. Best Interest.

# Sumário

1. INTRODUÇÃO .....	11
2. CONCEITO DE FAMÍLIA .....	12
2.1 Surgimento do Direito .....	12
2.2 Origem da Família .....	13
2.2.1 Contexto Histórico .....	15
2.3 Família e Casamento .....	16
2.4 Novos Modelos e Arranjos Familiares .....	18
2.5. Tipos de Família .....	19
2.5.1 Estrutura e Dinâmica Global .....	20
2.5.2 Relação Conjugal .....	21
2.5.3 Relação Parental.....	22
2.6 O Direito de Família .....	23
3. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL.....	25
3.1 Dissolução do Casamento .....	26
3.2 Divórcio e Separação.....	27
3.2.1 Visão Histórica .....	28
3.3 Lei do Divórcio .....	29
3.4 Os Efeitos da Separação dos Pais na Vida dos Filhos .....	31
4. PODER FAMILIAR .....	34
4.1 Da Guarda .....	35
4.2 As Espécies de Guarda no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	35
4.2.1 Guarda Unilateral.....	36
4.2.2 Guarda Alternada.....	38
4.2.3 Guarda Compartilhada .....	39
4.3 Estatuto da Criança e do Adolescente .....	42
4.4 Guarda Compartilhada e o Melhor Interesse do Menor .....	43
4.5 Quando a Guarda Compartilhada não é Recomendada.....	45
5. CONCLUSÃO.....	48
6. REFERÊNCIAS .....	49

## 1. INTRODUÇÃO

A família, é a base da sociedade contemporânea e constantemente é tema de debates das diversas áreas do saber, por despertar questionamentos filosóficos e doutrinários sobre seus formatos, os laços que unem seus membros, assim como as relações afetivas, dinâmicas e interpessoais.

Nesse sentido, de acordo com OLIVEIRA 2009, o antropólogo Lévi-Strauss (1956, p. 309) afirma que “[...] a família baseada no casamento monogâmico era considerada instituição digna de louvor e carinho”, fato que continua a ser nos dias atuais. Contudo, existem arranjos familiares diversificados, que consideram novas formas de se constituir um núcleo familiar.

Nesse sentido, os princípios que norteiam o direito de família são resguardados pelo Estado com fulcro na Constituição Federal de 1988, e permeiam as mudanças comportamentais que ocorrem através dos tempos, assim como a influência em sua formação. Entretanto, diante da mudança do paradigma pautado exclusivamente no matrimônio, se destaca o marco legislativo que versa sobre a responsabilidade dos genitores para com os menores frutos da união conjugal, após a dissolução do casamento.

A separação judicial, litigiosa ou consensual, muitas vezes resulta em sérios danos aos filhos, por consequência do suposto “abandono” que eles sentem com a separação dos seus pais. Infelizmente eles sofrem com a ausência de carinho e sem a devida atenção e orientação acabam se tornando os principais prejudicados do litígio entre os genitores.

Nesse diapasão, um importante instrumento é utilizado pelo Direito: O instituto da guarda compartilhada, que visa à proteção dos interesses dos filhos por refletir com mais acuidade a responsabilidade dos pais, que embora separados possuem deveres e obrigações, como elucidou a Ministra Nancy Andrichi no REsp 1428596 ao lapidar que “a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial”.

## 2. CONCEITO DE FAMÍLIA

A etimologia da palavra família deriva do latim *familia*, cujo significado é o agrupamento humano formado por indivíduos que possuam ancestrais em comum, laços sanguíneos e geralmente convivam em uma mesma casa, de acordo com a definição do dicionário Michaelis (2002, p. 341).

É possível definir a família como um grupo social primário que sofre influência e influencia outras pessoas e instituições. Assim, esse grupo de pessoas, ou de grupos domésticos são ligados por descendência a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção.

A família é a grande responsável por desempenhar em seus membros um papel fundamental no equilíbrio, desenvolvimento e na manutenção destes. Com o passar dos anos, ocorreram significativas mudanças na sociedade em geral e a estrutura familiar clássica, modificou-se, adequando-se as novas realidades sociais.

Na sociedade brasileira, até a primeira metade do século XX boa parte das famílias viviam na zona rural, na qual predominava a família patriarcal e fechada em si mesma, porém, com o ápice do êxodo rural durante a segunda metade do século, o crescimento e a expansão das cidades acarretou o desenvolvimento de uma sociedade de bases industriais com implicações de mobilidade social, geográfica e cultural, bem como transformações igualmente marcantes na estrutura do modelo tradicional familiar.

Dessa forma, o conceito de família no século XXI, vai além das relações que envolvam laços consanguíneos de pessoas que convivam sob o mesmo teto, pois tal definição trata-se de um assunto dinâmico que sofre influências temporais, sociais e culturais.

### 2.1 Surgimento do Direito

O direito surge com o propósito de ser a técnica eficaz que regula a organização da sociedade. Destarte, compete ao Estado ditar normas, regramentos que disciplinem a convivência dos indivíduos, garantindo-lhes proteção quando há conflito de interesses para que o convívio social não seja inviabilizado.

Cabe ao legislador acompanhar as mudanças sociais, de modo a interpretar essas transformações e transformá-las em normas jurídicas. Dessa forma, compete

ao direito adjetivar e valorar os fatos da vida para que eles sejam jurídicos, a fim de, assegurar o direito à vida e a liberdade do indivíduo.

Ainda que o Estado, por meio da elaboração de normas, tenha o dever de regular as relações do convívio em sociedade, mediando conflitos e estabelecendo sanções para quem pratique algum tipo de conduta ilícita, Pereira (1983, p. 13), esclarece que “[...] a norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades e as inquietações do ser humano”.

O ordenamento jurídico visa abranger todas as situações fáticas ao regulamentar uma norma. No entanto, em virtude do dinamismo no âmbito social, ainda que a lei tente prever e tutelar sobre todas as situações que mereçam proteção, a realidade normalmente antecede ao direito, e os fatos se tornarão jurídicos a partir do modo reiterado de agir das pessoas. Em virtude disso, como a esfera jurídica não consegue abarcar todos os casos, existirão lacunas na legislação que dificultarão a aplicação do direito em casos concretos.

## **2.2 Origem da Família**

Segundo Madaleno (2004, p. 18), “a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento”. Desse modo, todos os seus membros constituintes possuem o seu lugar e ocupam determinada função, qual seja, a de pai, de mãe e de filho.

Ao longo da história, a sociedade instituiu o casamento como forma de organizar os vínculos existentes dos afetos interpessoais. O modelo matrimonial foi adotado como regra de conduta e chancelado pelo conservadorismo social de matrimônio.

Nesse período, a formação familiar era extensiva, com predominância de comunidades rurais, com amplo incentivo à procriação. Dias (2009, p. 18) assevera que “[...] o crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos e o núcleo familiar dispunha do perfil hierarquizado e patriarcal”.

No período medieval a sociedade cultivava o sacramento do matrimônio para que o homem se unisse a sua mulher e constituísse sua família. Dessa maneira, perpetuou-se do século XVI o caráter sacramental do casamento. Com a colonização portuguesa, advém o cultura do sentimento de sensível ligação afetiva, de abnegação, desprendimento e de solidariedade.

Durante a revolução industrial ocorrida na Europa do século XVIII ao XIX, o modelo de estrutura familiar patriarcal sofreu alterações, pois com o aumento da necessidade de mão-de-obra, as famílias saíram do campo e migraram para as cidades, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho e o homem deixou de ser a única fonte responsável por garantir a subsistência do lar. Assim, surgia o modelo de família nuclear, na qual restringia-se o casal e a sua prole.

O conceito de família nuclear passou por significativas transformações em todo o mundo, bem como a instituição casamento. Em virtude disso, a religião grande responsável por manter os casamentos nas relações insatisfatórias perdeu sua força e ao final dos anos 60 viu o crescimento expressivo do número de separações e divórcios.

Nos anos seguintes surgiram inúmeras organizações familiares alternativas como casamentos envolvendo parceiros distintos com filhos advindos de outras uniões, casais homossexuais que adotaram filhos legalmente, mães solteiras que criaram seus filhos sem a presença da figura paterna, entre outros.

No século XXI, a denominação passou a ser a família pós-moderna ou pluralista, em virtude dos tipos alternativos de convivência. No aspecto demográfico, também observa-se novas configurações nos arranjos familiares, de acordo com as diversas regiões do país, com a determinação de fatores como a redução da natalidade e o aumento da longevidade das pessoas. Tais critérios tem sido determinantes para que as famílias se tornem cada vez menores, com um número maior de idosos em sua formação.

A dinâmica dentro dos lares também modificou-se, com a ampliação da tradicional divisão de tarefas, e a inserção feminina no mercado de trabalho, o tempo para que elas cuidassem dos filhos diminuiu e o homem assumiu funções que antes eram tipicamente femininas. Desse modo, a mulher tornou-se cada vez mais independente, alcançando autonomia e competência no meio profissional e o homem passou a ser mais participativo nos afazeres do lar.

Os novos modelos de organização na estrutura da família originaram uma nova concepção formada por laços afetivos de amor e carinho que vão além da idealização de um arranjo familiar perfeito. Assim, diante da desigualdade social vivida nos dias atuais, características como laços afetivos e de estabilidade econômica bem definidos, baixo recurso econômico, formações nucleares constituídas por conveniência ou

sobrevivência, devem ser interpretadas e analisadas de modo a compreender as necessidades e os interesses nas transformações surgidas nas relações familiares.

### 2.2.1 Contexto Histórico

O homem é um ser que necessita viver em sociedade para sobreviver e desenvolver-se. Nesse sentido, o primeiro vínculo social que ele cria e passa a pertencer é o núcleo familiar. Assim, a melhor forma de relacionamento social é através dos laços desenvolvidos no vínculo familiar.

Esse meio de organização social, desde os tempos remotos vem progressivamente evoluindo, desta maneira, de acordo com Medeiros (1997, p. 24), “[...] a família pode ser compreendida como um agrupamento que se constitui naturalmente, cuja existência é juridicamente reconhecida”.

O entendimento a respeito desse núcleo social requer um estudo contextualizado da história evolutiva referente à família, pois a instituição familiar foi idealizada e edificada com base nos costumes e valores morais tradicionalistas decorrentes da antiguidade. Atualmente, tem-se um novo conceito de célula familiar que se modifica e delinea a novos contornos, atinentes às mudanças e evoluções sociais, como aduz Venosa (2007, p. 459), “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos”.

No que tange à evolução histórica da família, Medeiros (1997, p. 31) assevera:

Basicamente a família segundo Homero firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgir a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

Assim, o momento histórico evidenciava a ausência de laços afetivos entre os membros de uma família, como destaca Airés (1978, p. 10):

Essa família antiga tinha por missão – sentida por todos – a conservação dos bens, a prática comum de ofício, a ajuda mútua cotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha

função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor.

É possível observar nesse contexto, que o que induzia a sociedade a constituir família era apenas dar continuidade à espécie, isto é, a procriação. O paternalismo era o norteador da base familiar, pois era em torno da figura masculina que essa estrutura se organizava, por meio do autoritarismo concentrado na postura masculina. Daí a etimologia do termo *pater familias*, que mais tarde originaria a expressão *pátrio poder*, como elucida Toledo (2014, p. 256):

*Pater familias* era o mais elevado estatuto familiar (*status familiae*) na Roma Antiga, sempre uma posição masculina. O termo Latim significa, literalmente, “pai de família”. O termo *pater* se refere a um território ou jurisdição governado por um patriarca. O uso do termo no sentido de orientação masculina da organização social aparece pela primeira vez entre os hebreus no século IV para qualificar o líder de uma sociedade judaica; o termo seria originário do grego helenístico para denominar um líder de comunidade.

Segundo Assis (2002, p. 433), o direito romano reconhecia *pátrio poder* como:

O direito do poder que temos sobre nossos filhos é próprio dos cidadãos romanos, porque não há outros homens que tenham sobre os filhos poder como nós temos. Portanto, aquele que nasceu de ti, e de tua mulher dele, isto é, teu neto ou neta, e também o bisneto e a bisneta, e assim os demais.

Desse modo, ao analisar a instituição familiar, fica evidente que o afeto não era característico das relações, posto que o principal fundamento delas era a autoridade que o homem exercia sobre a mulher e os filhos. Com a influência do cristianismo, as formas de uniões livres foram censuradas, e a partir de então, foi instituído o casamento como sacramento, sobre a égide de vários dogmas, sendo o principal deles a indissolubilidade, isto é, a determinação de que ele não poderia ser desfeito pelas partes, e que somente a morte separaria a união entre o homem e a mulher.

### **2.3 Família e Casamento**

O Código Civil de 1916 contemplava em seu artigo 229, que a criação da família legítima era a principal finalidade do casamento. Logo, a constituição familiar fora do casamento era considerada ilegítima e classificada como concubinato. Assim, como o código restringia esse tipo de convivência, não era possível que o homem unido à

concubina realizasse qualquer tipo de doações, benefícios testamentários ou a inclusão dela como beneficiária em contrato de seguro de vida.

De tal forma, os filhos advindos de relações conjugais extramatrimoniais, eram classificados como bastardos e considerados ilegítimos. Estes, não tinham direito de serem assegurados por lei o reconhecimento de sua filiação e o disposto no artigo 358 do referido código trazia em seu texto de lei a proibição expressa do reconhecimento de filhos provindos de relações adúlteras.

Com o passar dos anos, paulatinamente, os direitos da concubina começaram a ser reconhecidos, a jurisprudência caminhou no mesmo sentido, assim como o Código Civil, que segundo Gonçalves (2010, p. 29), “passou a restringir apenas os casos de concubinato adúltero, em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente mantinha a concubina”.

No decorrer do século XX, as transformações sociais geraram uma série de normas que aos poucos modificaram a feição do direito de família, culminando com a promulgação da Constituição Federal em 1988. A Carta Magna ampliou o conceito de família, integrando-o nas relações monoparentais. Desse modo, a família Monoparental e a união estável passaram a ser reconhecidas e protegidas pelo Estado, como elucida Gonçalves (2010, p. 30):

Ao reconhecer como família a união estável entre um homem e uma mulher, a Carta Magna conferiu juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Todavia, somente em 29 de dezembro de 1994 é que surgiu a primeira lei (Lei n. 8.971/94) regulando a previsão constitucional, mas que se revelou tímida. Em 10 de maio de 1996 surgiu a Lei n. 9.278, com maior campo de abrangência, já que não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas somente separadas de fato, gerando a presunção de que os bens adquiridos são fruto do esforço comum.

A união estável também foi disciplinada no Código Civil de 2002, sendo inserida em um título no Livro da Família, abordando em cinco artigos, os princípios basilares, referentes aos aspectos pessoais e patrimoniais. Assim, verifica-se que a legislação constitucional e infra constitucional alteraram o conceito de família para abrangerem novos modelos, dessa forma, a instituição familiar passou a ser reconhecida através de sua origem, não somente a partir do casamento, mas também por meio de arranjos familiares originados da união estável e por qualquer dos pais e seus proleiros, devendo estes terem os mesmos direitos sociais e gozarem de especial proteção do Estado.

## 2.4 Novos Modelos e Arranjos Familiares

Por muito tempo o modelo predominante em nossa cultura foi o da família nuclear, este termo é utilizado para definir a formação familiar composta pelo pai e mãe, unidos por matrimônio, ou união de fato, e por um ou mais filhos. Nessa estrutura, incumbia a figura paterna prover o sustento e a manutenção da família, enquanto que a materna era responsável por todos os cuidados inerentes ao lar e a educação da prole.

Tal modelo era considerado o “ideal” aos padrões sociais, por ser predominante e cultural. No entanto, com as transformações sociais, históricas e culturais, embora, tal estrutura ainda seja o arquétipo de perfeição, surgiram novas formas de organização familiar. Desse modo, em virtude da diversidade dessas novas formas de arranjos familiares, Filho (1998, p. 45) destaca que:

Tornou-se impossível classificar e principalmente julgar os bons e os maus “planos de família” - como poderíamos dizer de um “plano de carreira”. Alguns encontram o seu equilíbrio numa relação estável e fechada, uma célula voltada sobre si mesma que eles fortificam contra agressões e mudanças de qualquer tipo. Eles exigem muito dos seus parentes, mas em troca se prontificam a dar muito de si mesmos. Outros, ao contrário, nada querem sacrificar da sua aventura pessoal, preferem uma fórmula de família “personalizada”, sem constrangimentos e sem obrigações, onde os indivíduos vêm basicamente recarregar as suas baterias antes de saírem mais uma vez pelo mundo afora. (Collange apud José Filho).

Assim, no contexto atual, as famílias têm se configurado de diversas formas, e surgiram estruturas novas, constituídas de formações familiares que se baseiam em união livre, em famílias monoparentais dirigidas pelo homem ou pela mulher sendo grande porcentagens dessas dirigidas por mulheres.

Nesse sentido, de acordo com dados da Pnad<sup>1</sup>, levantados pelo IBGE<sup>2</sup>, o site da Época Negócios divulgou que em 15 anos o número de famílias chefiadas por mulheres mais que dobrou, de modo que, em 2015 quase 30 milhões de lares eram comandados por elas:

O número de famílias chefiadas por mulheres mais que dobrou em uma década e meia. De acordo com estudo elaborado pelos demógrafos Suzana Cavenaghi e José Eustáquio Diniz Alves, coordenado pela Escola Nacional de Seguros, o contingente de lares em que elas tomam as principais

---

<sup>1</sup> Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios.

<sup>2</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

decisões saltou de 14,1 milhões, em 2001, para 28,9 milhões, em 2015 - avanço de 105%.

Entre os modelos mais comuns de arranjos familiares destacam-se as estruturas compostas por pessoas divorciadas que geraram novas uniões, isto é, a família recomposta, as jovens que tornaram-se mães na adolescência e criaram seus filhos solteiras, e as mulheres que escolhem ter filhos através da chamada produção independente, ou seja, sem a presença de um companheiro estável.

Assim, em virtude da quantidade de novos modelos estruturais familiares, é impossível classificar qual é o tipo ideal a ser adotado, por isso, leva-se em consideração ao estudar o assunto que a família tem se amoldado em conformidade com as transformações sociais, configurando-se de diversas formas, de acordo com os interesses, necessidades e vontades de seus membros constituintes.

## **2.5. Tipos de Família**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, além do modelo tradicional, outros formatos de família passaram a ser acolhidos, sendo juridicamente reconhecidos, e tendo seus direitos resguardados por lei.

Dessa forma, como a sociedade se adapta às realidades vivenciadas pelas pessoas, a definição de família passou a ser compreendida de forma pluralista. Atualmente, a estrutura familiar não se limita a constituir-se somente por casais heteroafetivos, mas sua formação leva em consideração valores afetivos.

Portanto, com a mudança de paradigmas no âmbito social, embora a Carta Magna descreva os vários formatos de famílias, o rol não é taxativo, isto é, existem outros tipos que permitem classificá-los.

Caniço (2014, p. 121-126), em sua Tese de Doutorado apresentada à FMUC<sup>3</sup>, classificou os novos tipos de família sob três aspectos: a estrutura e dinâmica global, a relação conjugal e a relação parental.

---

<sup>3</sup> Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra

### 2.5.1 Estrutura e Dinâmica Global

- **Família Díade Nuclear:** Duas pessoas em relação conjugal sem filhos (não há descendentes comuns nem de relações anteriores de cada elemento).
- **Família Grávida:** Família em que uma mulher se encontra grávida, independente da restante estrutura.
- **Família Nuclear ou Simples:** Uma só união entre adultos e um só nível de descendência pais e seu(s) filho(s).
- **Família Alargada ou Extensa:** Co-habitam ascendentes, descendentes e/ou colaterais por consanguinidade, para além de progenitor(es) e/ou filho(s).
- **Família com Prole Extensa ou Numerosa:** Família com crianças e jovens de idades muito diferentes, independente da restante estrutura familiar.
- **Família Reconstruída, Combinada ou Recombinada:** Família em que existe uma nova união conjugal, com ou sem descendentes de relações anteriores, de um ou dos dois cônjuges.
- **Família Homossexual:** Família em que existe uma união conjugal entre 2 pessoas do mesmo sexo, independente da restante estrutura.
- **Família Monoparental:** Família constituída por um único progenitor que co-habita com os seu(s) descendente(s).
- **Família Dança a Dois:** Família constituída por familiares (de sangue ou não) sem relação conjugal ou parental. Exemplo: avó e neto, tia e sobrinha, irmãos, primos, cunhados...
- **Família Unitária:** Família constituída por uma pessoa que vive sozinha, independente de relação conjugal sem co-habitação.
- **Família de Co-habitação:** Homens e/ou mulheres que vivem na mesma habitação sem laços familiares ou conjugais, com ou sem objetivo comum. Exemplo: estudantes universitários, amigos, imigrantes...
- **Família Comunitária:** Família composta por homens e/ou mulheres e seus eventuais descendentes, co-habitando na mesma casa ou em casas próximas. Exemplo: comunidades religiosas, seitas, comunas, ciganos...
- **Família Hospedeira:** Família em que ocorre a colocação temporária de um elemento exterior à família. Exemplo: criança, idoso, amigo, colega.
- **Família Adotiva:** Família que adotou uma ou mais crianças não consanguíneas, com ou sem co-habitação de filhos biológicos.

- **Família Consanguínea:** Família em que existe uma relação conjugal consanguínea, independente da restante estrutura.
- **Família com Dependente:** Família em que um dos elementos é dependente dos cuidados de outros por motivo de doença, seja este acamado, deficiente mental e/ou motor, requerendo apoio nas atividades da vida diária.
- **Família Fantasma:** Família com desaparecimento de um elemento de forma definitiva (falecimento) ou dificilmente reversível (divórcio, rapto, desaparecimento, motivo desconhecido) em que o elemento em falta continua presente na dinâmica familiar dificultando a reorganização familiar e impedindo o desenvolvimento individual dos restantes membros.
- **Família Acordeão:** Família em que um dos cônjuges se ausenta por períodos prolongados ou frequentes. Exemplo: trabalhadores humanitários expatriados, militares em missão, emigrantes de longa duração.
- **Família Flutuante:** Família em que os elementos mudam frequentemente de habitação. Exemplo: progenitores com emprego de localização variável.
- **Família Descontrolada:** Família em que um membro tem problemas crónicos de comportamento por doença ou adição. Exemplo: esquizofrenia, toxicodependência, alcoolismo, etc.
- **Família Múltipla:** Família em que o elemento identificado integra duas ou mais famílias, constituindo agregados diferentes, eventualmente com descendentes em ambos.

### 2.5.2 Relação Conjugal

- **Família Tradicional:** Família estruturada em função do gênero feminino/masculino, diferenciados, em que cada membro tem um papel pré-estabelecido na família e na comunidade.
- **Família Moderna:** Família em que a igualdade de gênero é a base da união, qualquer que seja o seu tipo. Há interajuda e solidariedade com equilíbrio estrutural e de poder entre homem e mulher.
- **Família Fortaleza:** Família em que a dinâmica interna tem regras pré-estabelecidas difíceis de modificar, com encerramento ao exterior, dificuldade em assumir problemas ou em adaptar-se a novas situações.

- **Família Companheirismo:** Família em que existe partilha e repartição de atividades, objetivos comuns, evolui com as experiências e contatos externos.
- **Família Paralela:** Família em que os cônjuges não partilham atividades quotidianas nem objetivos de vida, existe atitude de encerramento ao exterior e dificuldade em conseguir abertura para modificar hábitos de vida.
- **Família Associação:** Família em que existe união afetiva, embora não se partilhem atividades quotidianas. Tem por base a liberdade individual e é mostra de egoísmo em determinadas circunstâncias.

### 2.5.3 Relação Parental

- **Família Equilibrada (estável):** Família mostra-se unida e os pais são concordantes e conscientes do seu papel.
- **Família Rígida (instável):** Família em que há dificuldade em compreender assumir e acompanhar o desenvolvimento saudável dos filhos.
- **Família Super Protetora (instável):** Família em que há preocupação excessiva em proteger os filhos, sendo os pais supercontroladores.
- **Família Permissiva (instável):** Família em que os pais não são capazes de disciplinar os filhos.
- **Família Centrada nos Filhos (instável):** Família em que os pais não sabem enfrentar os seus próprios conflitos conjugais que desvalorizam sem avaliação e ajustamento.
- **Família Centrada nos Pais (instável):** Família em que as prioridades dos pais focalizam-se nos projetos pessoais individuais (profissionais ou lúdicos).
- **Família sem Objetivos (instável):** Família em que os pais estão confusos por falta de objetivos e metas comuns.

A partir da existência do vínculo entre as pessoas que pertencem a esses novos modelos de família foi criado o Direito de Família. Assim, essa área do direito visa regulamentar os casos que abrangem as estruturas familiares, disciplinando questões referentes ao casamento, a união estável, a filiação, aos elos de parentesco, a pensão alimentícia, a guarda dos filhos menores, bem como os demais direitos assistenciais decorrentes destes institutos.

## 2.6 O Direito de Família

O início da vida social do ser humano ocorre primeiramente no meio do seio familiar. A família é entidade responsável por formar os valores morais, éticos, religiosos, sociais, filosóficos, culturais e intelectuais de seus membros. Ela é considerada a instituição que rege as relações em um todo, responsável por constituir a base do Estado e abrigar em seu núcleo toda a organização social.

A família é tida como uma instituição necessária e sagrada ao desenvolvimento do indivíduo, por ser o primeiro agente socializador do ser humano. Desse modo, ela merece total tutela do Estado, como leciona Dias (2009, p. 29):

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. De há muito deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade. É cantada e decantada com base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226). Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*

Gonçalves (2010, p. 21) destaca que o “Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas das últimas décadas do século passado”. Consequentemente, sua atualização regulamentou aspectos basilares, primordiais aos princípios e garantias constitucionais.

As alterações inseridas pela lei 10.406/2002, buscaram atualizar os elementos essenciais do direito de família. Dias (2009, p. 31) elucida que elas “incorporaram mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa, apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior”. Dessa forma, o Código Civil estruturou o direito de família regulando-o no Livro IV, descritos do artigo 1.511 ao 1.783, reunidos em quatro títulos: direito pessoal; direito patrimonial; bem de família; tutela e curatela e tomada de decisão apoiada.

O Título I dispõe sobre o direito pessoal, elencando do artigo 1.511 ao 1.638 casamento, separação e divórcio, proteção aos filhos, relações de parentesco, filiação e reconhecimento dos filhos, adoção e poder familiar.

No Título II é tratado sobre o direito patrimonial, sistematizando do artigo 1.639 ao 1.722 a forma de regime de bens entre os cônjuges, os bens dos filhos menores,

os alimentos e o bem de família. O Título III, compreende os artigos 1.723 ao 1.727, e versa sobre a união estável. Por conseguinte, o Título IV, abrange os artigos 1.728 ao 1.783, e trata da tutela e da curatela, institutos que possuem caráter assistencial e de proteção.

É mister a tutela do Estado sobre a família, tanto que além do Código Civil, a Constituição Federal dispõe sobre o tema. Em um capítulo próprio, o sétimo, o dispositivo do artigo 226 prevê no texto de lei que a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado. Assim, o núcleo familiar deve gozar de proteção do Estado, independente de sua forma de estruturação ou arranjo.

Conclui-se, portanto, que as modificações referentes ao direito de família, decorrentes da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, evidenciam a função social da família no ordenamento jurídico brasileiro, através da igualdade dos cônjuges e dos filhos; da guarda, amparo, assistência e educação da prole, com competência atribuída de autoridade ao juiz para determinar sempre o melhor interesse da criança quando for fixar a espécie de guarda; do direito de fixação de alimentos, atendendo a observância das circunstâncias socioeconômicas dos interessados; e das obrigações impostas aos cônjuges, de mesmo que separados judicialmente contribuírem para promoverem a manutenção e o sustento dos filhos.

### 3. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

A sociedade conjugal é definida como a comunhão patrimonial e pessoal entre marido e mulher. A primeira refere-se ao tipo do regime de bens a ser adotado, posto que, a segunda concerne a coabitação e a reciprocidade da fidelidade.

É possível identificar que a sociedade conjugal surge a partir do comum propósito de um homem e uma mulher se unirem, a fim de, constituírem uma família. Ela não é sinônima de casamento, no entanto, ela é decorrente deste, pois, ao constituir matrimônio, as pessoas criam um vínculo conjugal. Desta feita, o casamento é a relação jurídica de comunhão que abrange a sociedade conjugal, criando assim, um vínculo conjugal entre o homem e a mulher.

A Constituição Federal assegura garantias e obrigações, de modo a contemplar no § 5º do artigo 226, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O Código Civil dispõe sobre as formas de exercer a sociedade conjugal, e a maneira como ela se encerra. Assim, a redação do caput do artigo 1.567 determina que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

O artigo 1.571 do mesmo código, apresenta um rol taxativo, descrito em quatro incisos as causas terminativas da sociedade conjugal:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

O § 1º do dispositivo supracitado acrescenta ainda a aplicação da presunção estabelecida no aludido Código quanto ao ausente:

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

A Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, também dispõe sobre o tema, regulando os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, bem como seus efeitos. O artigo 2º elenca os mesmos dispositivos legais expressos no artigo

1.571 do Código Civil e acrescenta que o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, no parágrafo único.

### 3.1 Dissolução do Casamento

A indissolubilidade do casamento é a aspiração dos nubentes, pelo menos essa é a idealização de sonho que tradicionalmente a sociedade cultiva, a duração do matrimônio até que a morte os separe. O Código Civil estabelece um subtítulo específico que trata sobre as questões referentes ao casamento, inseridos no Direito de Família, do artigo 1.511 ao 1.582.

Estes estão dispostos em dez capítulos que abordam as questões referentes as disposições gerais, atinentes à capacidade, às causas suspensivas, ao processo de habilitação, à celebração, às provas, à invalidade, à eficácia do casamento e à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

Do ponto de vista jurídico, o casamento pode ser definido como o vínculo legal estabelecido entre um homem e uma mulher, que geram a ambos direitos e deveres recíprocos, como correlaciona os artigos da Lei 10.406/2002:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

(...)

Art. 1.514. 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.

(...)

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Porém, existem questões que comprometem a perduração do casamento, assim, quando não há interesse por um ou por ambos os cônjuges em continuar a vida a dois, lhes resta a ruptura do vínculo matrimonial, o que possibilita a dissolução do casamento, da sociedade e do vínculo conjugal.

De acordo com o Código Civil, o artigo 1.571 prevê que a sociedade conjugal acaba com a morte de um dos cônjuges, com a nulidade ou anulação do casamento, com a separação judicial ou com o divórcio.

A Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, alterou a redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, que previa a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o quesito da separação judicial por mais de um ano ou de comprovada a separação de fato por tempo superior a dois anos. Dessa forma, a alteração permite que o vínculo matrimonial seja extinto pelo divórcio, independente de prévia separação judicial ou de anterior separação de fato.

### **3.2 Divórcio e Separação**

Com o passar dos tempos, o conceito de núcleo familiar foi se amoldando aos novos padrões da sociedade, segundo os entendimentos e costumes de cada grupo social. No Brasil, a Constituição Federal prevê em seu artigo 226 que a família é base da sociedade, sendo o estado responsável por resguardar os seus direitos. Nesse diapasão, também caminha a jurisprudência no tocante a construção de um novo perfil de entidades familiares.

Esse novo perfil é gerado nos núcleos familiares em que os cônjuges desfizeram o matrimônio, ou a união estável, mediante a separação e o divórcio, assim nessa linha, o ordenamento jurídico brasileiro apresentou modificações legislativas tais como a Emenda Constitucional n. 66 que extinguiu o prazo mínimo para o divórcio, dando nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Nesse sentido, a facilitação da separação e do divórcio extrajudicial coadunam com a proteção asseverada pela Constituição Federal, como a esclarece Farias e Rosenvald (2011, p. 349):

[...] é preciso, sem dúvida, enxergar a dissolução do casamento (...) com uma feição mais ética e humanizada, compreendendo o divórcio com um instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana. Essa humanização implica, inclusive, em evitar a excessiva exposição da intimidade do casal, fazendo com que o divórcio esteja sintonizado em um novo tempo, no qual a dignidade do ser humano sobrepuje os formalismos legais.

Nestes termos tanto o divórcio quanto a separação extrajudicial acabam contribuindo para que seja valorizado o afeto familiar, posto que, as circunstâncias que ocasionaram o fim do relacionamento corroboram para a dor e o sofrimento inerentes a esse trâmite.

### 3.2.1 Visão Histórica

A etimologia da palavra divórcio é originada do termo em latim *divortiu*, que traduzido significa a dissolução do vínculo matrimonial. Uma vez dissolvido, ficam os divorciados livres para contrair novas núpcias.

Na antiguidade, salvo algumas exceções, os povos primitivos admitiam a dissolução do matrimônio. Gonçalves (2010, p. 264) leciona que “O Velho Testamento do povo hebreu e o Código de Hamurábi facultavam o divórcio ao marido e à mulher”. Por sua vez, o Código de Manu repudiava expressamente a mulher que durante os oito primeiros anos de casada mostrava-se estéril, circunstância que permitia ao homem se divorciar.

Tal concepção também era adotada na antiga Grécia, sendo esta justa causa do divórcio. Apesar de o Velho Testamento hebreu e o Código de Hamurábi facultar o divórcio entre o casal, existia uma grande dificuldade de implantar o divórcio, pois o cristianismo combatia a sua implantação. Nas palavras de Gonçalves (2014, p. 281):

O Cristianismo iniciou a campanha contra o divórcio, tomando providências destinadas a dificultá-lo. Somente com o Concílio de Trento (1545 a 1553), porém, a doutrina da Igreja passou a proclamar que o matrimônio é um sacramento com caráter de indissolubilidade.

No Brasil, o Código Civil de 1916 em suas diretrizes estabelecia no artigo 315 as possibilidades para que o casamento terminasse.

Desse modo, a sociedade conjugal se dissolvia:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

Somente em 1977 o divórcio foi instituído oficialmente com a Emenda Constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano, tendo como autor Nelson Carneiro. A nova norma foi objeto de grande polêmica na época, principalmente pela influência religiosa que ainda pairava sobre o Estado.

A inovação permitia extinguir por inteiro os vínculos de um casamento e autorizava que a pessoa casasse novamente com outra pessoa, segundo fonte publicada no site IBDFAM (2007), que abordou minuciosamente o passar dos anos com os dados históricos:

Foram quase dois séculos de luta pela emancipação do Brasil como Estado Democrático de Direito e pelas garantias dos direitos individuais. No Brasil Império, inúmeras foram as tentativas de redução do poder da Igreja em matérias do Estado e, no Brasil República, de diminuição da interferência do Estado na vida privada. O divórcio direto no Brasil é uma conquista política e social da sociedade brasileira, como se verá, a seguir.

Com o advento do divórcio, além da possibilidade de poder romper os laços e deveres do casamento – porque anteriormente quem casava, permanecia com um vínculo jurídico para o resto da vida – tornou-se possível unir-se à outra pessoa novamente. A princípio, esta lei, concedeu somente a oportunidade de se unir uma única vez, restringindo assim a possibilidade de haver inúmeros casamentos e trocas de cônjuges.

Somente, após a Constituição Federal de 1988, tornou-se possível divorciar-se, e contrair nova união conjugal, com isso, se eliminou a restrição à limitação de vezes. Tal preceito é abordado nos dias atuais em assembleias legislativas, no qual é muito discutido qual o prazo para constituir novo casamento após o divórcio.

### **3.3 Lei do Divórcio**

De acordo com artigo publicado em 2018 no site LFG<sup>4</sup>, um levantamento do IBGE aponta que um em cada três casamentos termina em separação. Os dados refletem as facilidades resultantes da dissolução do vínculo conjugal apresentadas pela Lei do Divórcio, nº 6.515/77, que em dezembro de 2017 completou 40 de vigência.

---

<sup>4</sup> Plataforma de ensino virtual da instituição educacional Luiz Flávio Gomes.

As últimas Estatísticas do Registro Civil do IBGE mostram que o Brasil registrou 1.095.535 casamentos civis em 2016. No mesmo período, foram registrados 344.526 divórcios em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais, um aumento de 4,7% em relação a 2015.

Na comparação com os dados de 1984, quando houve 93.384 pedidos de divórcio, o crescimento do número de separações nesta modalidade é de mais de 30%.

O divórcio foi instituído no Brasil com a aprovação da emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, e normatizado em 26 de dezembro pela Lei 6.515/77. Constituída em 54 artigos, a lei possibilitava o encerramento do vínculo matrimonial, como assevera Gonçalves (2010, p. 265):

O divórcio vincular ou “a vínculo”, que dissolve o vínculo e permite novo casamento, somente passou a ser aplicado no Brasil com a regulamentação da emenda constitucional pela Lei.6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Quem se casava até o ano de 1977, permanecia com o vínculo jurídico com o companheiro até o fim da vida. A inovação trazida pela Lei do Divórcio possibilitou que o vínculo fosse extinguido, possibilitando que a pessoa se casasse novamente. Os artigos 1º e 2º, da referida Lei, regulavam a dissolução da sociedade conjugal e do casamento:

Art. 1º A separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, de que trata a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, ocorrerão no casos e segundo a forma que este Lei regula.

Art. 2º A Sociedade Conjugal termina:

I pela morte de um dos cônjuges;

II pela nulidade ou anulação do casamento;

III pela separação judicial;

IV pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Com o fim da dissolução conjugal, os deveres de ambos os cônjuges cessavam, conforme estabelece o artigo 3º.

Art. 3º A separação judicial põe termos aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, com se o casamento fosse dissolvido.

O divórcio colocava termo ao casamento e aos efeitos do matrimônio religioso. A separação consensual só poderia ser decretada depois de transcorrido o período

de dois anos do casamento, após a homologação do pedido pelo juiz. O artigo 25 estabelecia a oportunidade do divórcio indireto, assim, após separados judicialmente por três anos, era possível requerer a conversão da separação em divórcio.

Com o passar dos anos, a legislação sofreu alterações, principalmente no período dos prazos para o pedido do divórcio. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, no artigo 226, estabelece o divórcio indireto após transcorrido um ano da separação judicial e o indireto, após dois anos da separação de fato. Além disso, o Código Civil vigente, dispõe no artigo 1.580:

Art. 1.580 Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio as separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ano ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Além das alterações nos diplomas legais existentes, a legislação avançou, simplificando o processo de separação. Nesse sentido, destaca-se a Lei 11.441 de janeiro de 2007, que viabilizou a possibilidade do divórcio e da separação, serem requeridos em cartório, quando as partes manifestam interesse consensual, dispensando a necessidade de ajuizar uma ação na justiça.

Em 2010, com a aprovação da emenda do divórcio, 66/10, os pedidos foram facilitados, pois tornou-se possível a concessão sem a prévia separação. Assim, as pessoas não necessitam se separarem e aguardarem tempo determinado para se divorciarem. Dessa forma, tornou-se possível a possibilidade das pessoas casarem-se hoje e divorciarem-se amanhã.

### **3.4 Os Efeitos da Separação dos Pais na Vida dos Filhos**

A estrutura familiar passa por significativo abalo após a ruptura conjugal, e quem mais sofre com os efeitos dela são as crianças e os adolescentes advindos da relação, desse modo, se eles não forem assistidos com muita atenção, cuidado e carinho, é possível que os menores tenham sua integridade mental e o seu desenvolvimento prejudicado.

Com a separação dos pais, quando há filhos menores frutos resultantes do relacionamento, mesmo com a dissolução da sociedade conjugal, os pais são responsáveis por contribuírem para a manutenção do bem-estar das crianças, proporcionando-lhes um lar consistente em um ambiente de convivência familiar saudável. A paridade de direitos e deveres dos genitores está pautada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como ensina Torres (2009, p. 97):

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, está em garantir ao menor sua permanência ao longo de seu desenvolvimento no lar conjugal, do qual deve receber gestos de amor e atenção, reveladores de toda alegria que sua presença possa representar, os quais também irão servir de alicerce de seu sistema de valores e de seu proceder com os demais.

Com o término da relação dos pais, o núcleo familiar sofre mudanças cujos efeitos podem gerar traumas na vida dos filhos. Por ser um processo delicado e em muitos casos doloroso que provoca desequilíbrio emocional entre os genitores, a parte mais vulnerável é a que mais sofre, isto é, os filhos. Desse modo, compete aos pais tornar esse processo menos impactante na vida das crianças, garantindo-lhes o seu bem-estar através de uma vida digna para o seu desenvolvimento educacional, moral e intelectual, longe de disputas judiciais e do litígio entre os litigantes.

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar em um ambiente saudável é consagrado no caput do artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda, acerca do referido tema, Nogueira (1991, p. 13) assevera:

[...] o que deve sobrelevar é a proteção aos interesses do menor, sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, devendo ele ser ouvido sempre sobre sua situação ou seu próprio destino, quando estiver em condições de ser ouvido, não se compreendendo qualquer decisão que seja tomada contrariamente aos seus interesses.

Ou seja, embora haja beligerância, intransigência e inconciliáveis desavenças entre os genitores, em virtude da litigância gerada pela dissolução conjugal, os litigantes devem ter no mínimo uma relação saudável, a fim de, salutaremos pelo bem-

estar dos filhos, pois embora o relacionamento entre os pais tenha acabado, e eles não convivam mais juntos, ambos têm o dever de cuidar e zelar, para que a separação do casal não cause efeitos devastadores e irreversíveis na vida dos filhos.

## 4. PODER FAMILIAR

O termo “poder familiar” é originário da antiga expressão pátrio poder, que resulta do direito romano: *pater potestas*. Decorrente de um período histórico em que era marcado pela sociedade patriarcal, o sentido da expressão corresponde ao direito soberano que o chefe da família exercia sobre os filhos. Nas lições de Dias (2009, p. 382):

A expressão “poder familiar” é nova. Corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.

Na antiguidade, a estrutura familiar era organizada em torno da figura do *pater*, isto é, do pai de família. O paternalismo ditava as regras da base familiar organizando essa estrutura, de forma autoritária, predominando sobre todos os demais membros da família.

Atualmente, o poder familiar relaciona-se ao dever de guarda, educação e sustento dos filhos menores de 18 anos, atribuído aos pais, desse modo, ele deve ser exercido conjuntamente pelos genitores. A constituição Federal assegura esse dever ao dispor em seu artigo 226 que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. De tal modo, o ECA estabelece no artigo 21:

Art. 21. O poder familiar será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade competente para a solução da divergência.

Assim, os pais devem ter como objetivo principal ser responsáveis por proverem o bem-estar, garantindo aos filhos o direito de proteção à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, sob pena de perderem o ou terem suspenso judicialmente o poder familiar.

#### 4.1 Da Guarda

A guarda confere a função, isto é, um conjunto de direitos e deveres, que a legislação atribui a uma pessoa capaz, para que esta se responsabilize em zelar pelos interesses de um incapaz. Nesse diapasão, o direito regulamenta que a guarda dos filhos menores pelos genitores decorra do poder familiar. Contudo, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, nem sempre quem detém o poder familiar possui a guarda dos infantes:

O poder familiar não pode ser confundido com a guarda já que nem sempre quem detém o poder familiar possui a guarda da criança. Em caso de divórcio, por exemplo, a guarda pode ser concedida de forma unilateral para um dos pais, enquanto ambos continuam a ser detentores do poder familiar. Em caso de guarda compartilhada, ambos os pais detêm a guarda e o poder familiar. **(CNJ, 2017, on-line).**

A guarda atua como normatização jurídica que regula legalmente a permanência de crianças e adolescentes em lares substitutos, quando estes não estão mais sobre o poder familiar. O ECA determina que o detentor da guarda possui o dever de prestar assistência educacional, material e moral à criança e ao adolescente, além de conferir o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos genitores.

Em casos específicos, é possível solicitar a guarda de uma criança ou adolescente que estejam em situação de risco pessoal ou social, com o objetivo de protegê-los.

Destarte, o guardião torna-se responsável pelo menor até que ele atingia a maioridade. Cabe destacar, que essa medida permite a continuidade do vínculo familiar, sem alterar a filiação e o registro civil.

#### 4.2 As Espécies de Guarda no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Enquanto os pais convivem juntos, por meio do casamento ou da união estável, o poder familiar, bem como a guarda, são exercidos conjuntamente pelo casal. Contudo, com a separação dos genitores, torna-se necessário definir a guarda legal da criança ou do adolescente, respeitando sempre o melhor interesse do menor.

As espécies de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro são previstas no Código Civil, que dedicou um capítulo à proteção da pessoa dos filhos, compreendido dos artigos 1.583 ao 1.590. O Código estabelece dois tipos de guarda:

a unilateral e a compartilhada, que passou a ser adotada como cenário ideal a partir da entrada em vigor da Lei 13.058/2014.

Outra modalidade que não se encontra disciplinada na legislação, mas que tem sido utilizada no mundo prático, é a guarda alternada, na qual os pais se alternam, revezando o período em que cada um fica com o menor. Durante o lapso temporal preestabelecido, o genitor que estiver com a posse do(s) filho(s), responsabiliza-se exclusivamente em exercer o poder familiar, devendo cumprir os direitos e deveres referentes aos infantes.

#### **4.2.1 Guarda Unilateral**

A guarda é um instituto legal que encontra previsão legislativa no artigos 1.583 e seguintes do Código Civil, assim como nos artigos 33 e seguintes do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Uma das espécies é a unilateral, em que a guarda é atribuída a um só dos pais, ou a alguém que o substitua, conforme refere o dispositivo legal expresso no artigo 1.583, §1º do Código Civil:

Art. 1.583 A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

Essa modalidade, confere a guarda apenas a um dos genitores, enquanto que ao outro, é concedido o direito à supervisionar os interesses dos filhos, e a regulamentação de visitas, como estabelece o § 5º do artigo 1.583 e o artigo 1.589 do Código Civil:

Art. 1.583. § 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 e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1.589 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.

Ao genitor que detiver a guarda, competirá proporcionar aos filhos assistência material, moral, afeto, carinho, educação, saúde e bem-estar, como dispõe o artigo 33 do ECA:

Art. 33 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.

Para a fixação da guarda unilateral, a lei estabelece critérios para definir qual é o genitor que oferece melhores condições para o seu exercício. Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves assevera que:

No tocante à guarda unilateral, a referida lei apresenta critérios para a definição do genitor que oferece “melhores condições” para o seu exercício, assim considerando o que revelar aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: “I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, II - saúde e segurança; III - educação” (CC, art. 1583, parágrafo 2º). Fica afastada, assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros. (GONÇALVES, p. 283, 284).

O Código Civil, no incisos I e II, do artigo 1.584, estabelece que a guarda unilateral pode ser requerida pelo consenso entre os pais ou decretada pelo juiz:

Art. 1.584 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;  
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.

Destarte, conclui-se que, para a obtenção da guarda exclusiva do(s) filho(s), após eventual separação, deverá ser avaliado qual o genitor possui a “melhor aptidão”, isto é, quem apresenta melhores condições para cuidar, zelar e proporcionar à criança educação, saúde e segurança.

A “melhor aptidão”, não corresponde a quem possua a situação financeira superior, mas sim, quem apresente melhor condição de prover o desenvolvimento da criança. Esse resultado será obtido, após a apreciação da avaliação de estudos psicossociais pelo judiciário, que só assim considerará qual o genitor se encontra apto a exercer a guarda unilateral. Ao outro genitor, caberá o direito de visitas.

A legislação não determina uma quantidade mínima ou máxima de visitação, nem a idade mínima para que a criança pernoite na casa do outro genitor. Tais aspectos deverão ser pontuados consensualmente entre os pais, visando sempre o que for melhor para os filhos.

Ao genitor que possuir a guarda unilateral, caberá o dever exclusivo de decidir autonomamente sobre todos os atos referente à vida do(s) filho(s), bem como por eles responderem. Caso o genitor não cumpra com as suas obrigações e deveres, e o bem-estar do(s) filho(s) esteja ameaçado, a guarda poderá ser revista, alterando assim, a posse de quem ficará com a(s) criança(s).

#### **4.2.2 Guarda Alternada**

A guarda alternada não encontra previsão legal na legislação brasileira. Por ser uma criação doutrinária e jurisprudencial, ela tem sido utilizada no mundo real, contudo, o Código Civil prevê como espécies apenas a guarda unilateral e a compartilhada. Diante disso, esclarece a autora Maria Berenice Dias:

Apesar da celeuma que se instalou, principalmente entre os profissionais da área psicossocial, não houve a consagração da guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e não se confunde com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens. (DIAS 2016, p.860)

Segundo Dias (2016, p.892), “essa modalidade não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho”. Desse modo, o menor passaria a ter duas residências, alternando o tempo de convívio em cada uma, de acordo com o tempo predeterminado, seja anual, semestral, mensal, semanal, ou até diário, conforme, for assim acordado entre os genitores.

Durante o tempo de convívio em que estiver com a posse do(s) filho(s), o genitor torna-se responsável pelo poder familiar, isto significa dizer que ele deve exercer exclusivamente os direitos e deveres referentes à(s) criança(s).

Por entenderem que a transferência periódica da criança entre os pais causa efeitos nocivos aos filhos, ao não respeitar o bem-estar físico e mental da criança, devido a elas não terem rotina, esta modalidade de guarda não tem sido aceita em alguns tribunais brasileiros.

De tal forma, psicólogos e especialistas entendem que a alternância da guarda, é prejudicial à formação dos filhos, principalmente na fase inicial de sua formação, pois ela torna confuso os referenciais a serem adotados pela criança, suprime a constância da moradia e prejudica a sua higidez psíquica, podendo tais fatores serem preponderantes para acarretar perplexidade e mal estar no presente, e danos consideráveis à sua formação e ao seu desenvolvimento no futuro.

#### **4.2.3 Guarda Compartilhada**

A legislação resguarda os direitos dos menores ao entender que mesmo que os genitores estejam separados de fato ou de direito a criança não pode ser prejudicada pela separação do casal, e que os pais ainda que não estejam mais convivendo sobre o mesmo teto, têm a responsabilidade com seus filhos. Por isso foi criado o instituto da guarda compartilhada, através da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os artigos. 1.583 e 1.584 do Código Civil, deixando-os com a seguinte redação:

**Art. 1.583.** A guarda será unilateral ou compartilhada.

**§ 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.

**§ 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:

- I - Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II - Saúde e segurança;
- III - Educação.

**§ 3º** A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

**§ 4º** (VETADO).

O artigo 1.584 após alteração teve seu texto de lei expresso:

**Art. 1.584.** 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;

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.

§ 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.

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

§ 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.

§ 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.

§ 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”.

Nesse diapasão, é imperioso destacar que a lei 13.058 de dezembro de 2014 foi criada com a finalidade de alterar os artigos 1.583, 1.584, 1.585, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação:

**Art. 1º** Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

**Art. 2º** A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

**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.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

**§ 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 e psicológica e a educação de seus filhos.

**Art. 1.584.** .....

**§ 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.

**§ 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

**§ 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.

**§ 5º** Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

**§ 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.

**Art. 1.585.** Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Cabe ressaltar que os pais possuem inúmeros encargos quanto à pessoa dos filhos, e que na esfera do exercício do poder familiar, o artigo 1.634 do mesmo código elenca uma série de obrigações, a citar:

**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.

Com efeito, apesar do núcleo familiar sofrer mudanças, é interessante que a guarda dos menores seja compartilhada entre os genitores, a fim de que os seus guardiões proporcionem uma vida digna para o seu perfeito desenvolvimento educacional, moral e intelectual, visando sempre o interesse e o bem-estar da criança.

É comum em alguns casos, após a separação dos pais, o(a) menor manifestar o interesse em viver com a mãe ou com o pai por ter lembranças dos desentendimentos entre eles. Assim, as crianças podem rejeitar um e acolher ao outro, contudo, a guarda judicial unilateral em favor de um genitor pode colocar o menor no cerne de uma disputa litigiosa entre os seus pais.

Frente a isso, a guarda compartilhada atua com o intuito de solucionar tal revés, pois ela sempre visa o interesse do menor, estabelecendo a igualdade no exercício do poder familiar entre os genitores, possibilitando o convívio da criança com os seus pais, a fim de, contribuir para o desenvolvimento emocional e psíquico, e minimizar os efeitos gerados pela separação dos cônjuges.

Assim, o instituto da guarda compartilhada traz aos filhos uma maior segurança, pois possibilita que eles convivam com ambos os genitores de forma equilibrada, mantendo o vínculo afetivo e parental, cujo objetivo principal é atribuir a alternância entre as responsabilidades exercidas pelos pais, que mesmo não convivendo mais juntos, permanecem com suas obrigações e deveres face a seus filhos, a fim de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

### **4.3 Estatuto da Criança e do Adolescente**

Além do Código Civil, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) também disciplina a respeito do poder familiar. O direito à convivência no âmbito da família e no meio social é abordado do artigo 21 ao 24.

O ECA foi estabelecido pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, e possui 267 artigos que tem por objetivo dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Nos casos expressos em lei é aplicado este Estatuto àqueles cuja faixa etária seja dos 18 aos 21 anos, como dispõe o artigo 2º:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Nas lições de Dias (2009, p. 386):

O ECA chama de criança quem tem 12 anos incompletos e, de adolescente, aquele com idade dos 12 ao 18 anos (ECA 2.º). O Código Civil reconhece como absolutamente incapazes os menores de 16 anos (CC 3.º I) e como relativamente incapazes os de 16 aos 18 anos (CC 4.º I). Quanto à maioridade, harmonizam-se ambos os estatutos: aos 18 anos ocorre o fim da adolescência e o implemento da maioridade (CC 5.º e ECA 2.º). Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas do ECA (CF 228).

O poder familiar é exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe na forma do que dispuser a legislação civil (ECA 21).

(...) O Código Civil limita-se a afirmar que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores (CC 1.630). O filho não reconhecido pelo pai fica sob a autoridade da que mãe (CC 1.630).

(...) O ECA é mais abrangente, admitindo a colocação do menor em família substituta mediante guarda, tutela ou adoção (ECA 28).

Portanto, o princípio do ECA é assegurar as garantias de crianças e adolescentes, com primazia aos direitos à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, a profissionalização e à proteção no trabalho.

O Estatuto regulamenta a proteção à criança e ao adolescente sempre que os direitos nele previstos forem ameaçados ou violados e disciplina providências quando eles praticarem ato infracional, pela autoridade competente, através da aplicação de medidas socioeducativas como advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

#### **4.4 Guarda Compartilhada e o Melhor Interesse do Menor**

Toda vez que há uma ruptura conjugal levanta-se a questão: Com quem ficará a guarda dos filhos? Esse assunto de tamanha relevância tem sido cada vez mais apreciado pelo judiciário de forma muito intensa, pois a partir da alteração do Código Civil de 2002 criou-se a possibilidade dos genitores compartilharem a guarda, visto que anteriormente existia apenas a espécie de guarda unilateral. Isto significava dizer

que o filho ficava com um dos genitores e o outro possuía tão somente o direito à visita.

Atualmente, é mister o entendimento de que em caso de divórcio, a guarda seja compartilhada. Contudo, leva-se em consideração os interesses da criança, de modo que seja viável, ou seja, a rotina da criança não deve ser alterada em virtude da fixação da guarda, mas sim os pais devem viabilizar a melhor forma de participarem ativamente na educação dos filhos.

Infelizmente quando o divórcio atinge uma situação de litígio e os ânimos na relação se tornam algo insuportável, de modo que não haja um consenso entre os pais no tocante a guarda dos filhos, essa questão é remetida para o poder judiciário, para que seja julgada. Assim, o juiz é obrigado a decidir com quem os filhos deverão ficar, seja com o pai ou com a mãe. É uma tarefa árdua e delicada, posto que não é a melhor das soluções um terceiro solucionar um conflito de caráter afetivo que envolva os pais e as crianças.

Por isso, há uma forte inclinação do Poder Judiciário em aplicar a guarda compartilhada, por entender que essa é a solução que melhor atenderia aos reais interesses e necessidades das crianças, vez que o tempo de convívio dos filhos com os pais deve ser dividido de forma equilibrada entre o pai e a mãe e que compete a estes decidirem conjuntamente sobre as questões que envolvam o pleno exercício do poder familiar no tocante a educação dos filhos, conforme dispõe o parágrafo segundo do artigo 1.583 do Código Civil:

“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”.

No modalidade compartilhada, a guarda dos menores fica com apenas um dos genitores, ou com o pai ou com a mãe, o que é compartilhado nesse tipo de guarda são as decisões que devem ser tomadas por ambos no que diga respeito a educação dos filhos, isto é, tudo aquilo que será decidido em razão da criança. Assim tanto um quanto o outro pai é que deve tomar as decisões e ambos devem participarem de forma igualitária na criação, no desenvolvimento educacional, social e psicológico do filho.

Desse modo, é indispensável não apenas a convivência harmônica entre os pais, mas também a consciência entre eles sobre o que é melhor para o filho, já que as decisões atinentes ao infante deverá ser tomada conjuntamente entre os genitores.

Nesse sentido, entre as opções previstas por lei, a guarda compartilhada, na maioria das vezes, é a melhor opção para o bem-estar da criança, uma vez que este modelo visa evitar que o trauma da separação se junte a outros.

De fato, tal instituto é o modelo de regime preferencial na atualidade, para incentivar o pleno desenvolvimento familiar das crianças, e apesar de não necessitar existir consenso entre os genitores, ainda que entre eles sejam acentuadas as diferenças pessoais, tais divergências não inviabilizam a implementação da guarda compartilhada.

Para que a guarda seja proveitosa para pais e filhos, é imprescindível que entre os genitores prospere uma relação harmônica e respeitosa, na qual não existam disputas pessoais, nem conflitos. Porém, tal realidade não é usual nos litígios que envolvam questões familiares. Assim, a modalidade de guarda compartilhada passou a ser a regra, independente do consenso entre os pais acerca da sua necessidade, de acordo com a redação que alterou o parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil:

“Art. 1.584, § 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”.

Desse modo, como sua implementação não se sujeita a transigência dos genitores, há casos concretos em que existam peculiaridades que inviabilizem sua adoção, como a dificuldade geográfica de pais que moram longe e o melhor interesse dos menores.

#### **4.5 Quando a Guarda Compartilhada não é Recomendada**

Atualmente a guarda compartilhada tem primazia no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, de acordo com a psicóloga Heloisa Fleury, “para que a guarda compartilhada funcione bem para pais e filhos, é necessário, antes de tudo, que o casal deixe de lado mágoas passadas e seus próprios interesses em favor da criança e que mantenham uma boa relação entre si”.

O problema é que para que essa guarda seja aplicada de forma correta e boa para o menor, os pais devem estar em um ambiente de harmonia, sem litígio, de forma consensual. Quando um pai está em conflito com o outro, esse tipo de guarda costuma não dar certo e o melhor é que a guarda nesses casos seja unilateral, ficando apenas um dos genitores com a responsabilidade de tomada de decisão a respeito da vida e do desenvolvimento do filho, e o outro só contribui de forma emocional e financeira. Foi esse o posicionamento da Jurisprudência ao julgar o Recurso Especial nº 1.609.485 - ES (2016/0165885-9):

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E VISITAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. GUARDA COMPARTILHADA. AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS. BEM ESTAR DO MENOR. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO RECONHECIDO.

**DECISÃO**

Depreende-se dos autos que o recorrente ajuizou ação de guarda compartilhada com pedido de antecipação dos efeitos da tutela contra a recorrida, a qual teve seu pedido julgado improcedente pelo Juízo de primeiro grau, com concessão da guarda unilateral do menor à sua genitora e regulamentação do direito de visita do autor.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo deu parcial provimento ao recurso do demandante em acórdão assim ementando: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA E VISITAÇÃO - GUARDA COMPARTILHADA - AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS - FALTA DE CONSENSO E HARMONIA NA RELAÇÃO ENTRE OS GENITORES - GUARDA UNILATERAL - PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - AMPLIAÇÃO DA VISITAÇÃO - AUMENTO DO NÚMERO DE PERNOITES SEMANAIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora sustente a doutrina que o compartilhamento da guarda prescinde de consenso entre os pais, o certo é que, na prática, na realidade do cotidiano familiar, para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, exige-se que a relação entres os genitores seja harmoniosa, marcada pela flexibilidade e compreensão de ambas as partes, sob pena de inviabilizar seu exercício.

2. Não se pode ignorar que o relacionamento entre os pais vem sendo marcado por divergências e desentendimentos, com períodos de instabilidades e discussões acerca de aspectos relevantes da vida do filho, tal como a orientação religiosa e a rotina do menor. Ao que parece, a situação entre eles vem melhorando, mas ainda não conseguem consentir quanto ao compartilhamento da guarda.

(...)

Recurso Especial não provido. **(STJ, 2017, on-line).**

Importante destacar que a rotina que será oferecida à criança em seus dois lares, seja na casa do pai, e na da mãe, precisa ser avaliada com igual atenção, pois segundo a analista de comportamento Laércia Abreu Vasconcelos, do Instituto de Psicologia da UnB (Universidade de Brasília), “quando o filho tem que conviver com

regras muito diferentes em cada uma das casas, ou se ele é alvo de disputa entre os pais, a guarda compartilhada não é a melhor opção”.

O compartilhamento da guarda também deve ser minuciosamente avaliado nos casos em que os pais moram em locais distantes, pois tal fator é preponderante para a que a criança tenha uma vida normal e saudável. Esse é o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao julgar o Recurso Especial nº 1.605.477 - RS (2016/0061190-9). O STJ entende que a dificuldade geográfica impede que o melhor interesse da criança seja colocado em prática:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido. **(STJ, 2016, on-line)**.

De acordo com o ministro relator Villas Bôas Cueva, embora a guarda compartilhada seja preferencialmente adotada no ordenamento jurídico brasileiro, em algumas peculiaridades de casos concretos há de se ponderar a existência de fatores que obstem sua implantação, desse modo o ministro explica que:

Na hipótese, a modificação da rotina das crianças, ou até mesmo a possível alternância de residência, impactaria drasticamente a vida das menores. Por exemplo, não é factível vislumbrar que as crianças, porventura, estudassem alternativamente em colégios distintos a cada semana ou que frequentassem cursos a cada 15 dias quando estivessem com o pai ou com a mãe. Tal impasse é insuperável na via judicial. **(Consultor Jurídico, 2016, on-line)**.

Imperioso destacar que, embora, a dificuldade geográfica inviabilize o compartilhamento da guarda, tal fator não deve ser utilizado como prerrogativa para que os pais evitem buscar uma alternativa que possa suprir o distanciamento e eventuais desavenças pessoais. Portanto, circunstâncias como o litígio entre os genitores e a distância geográfica, jamais devem sobrepor o melhor interesse da criança, e um contato harmonioso, é o mínimo, mas de suma importância para o bem-estar dos filhos no desenvolvimento do seu processo formativo.

## 5. CONCLUSÃO

Com o fim do relacionamento entre os pais e da alteração da estrutura familiar é importante que os filhos não sejam vitimados em decorrência dessa situação conflituosa, por isso, a legislação passou por modificações, a fim de que os menores não percam o vínculo afetivo materno e paterno.

Na maior parte dos casos era comum constatar, que após a separação dos genitores a guarda ficava sob os cuidados da mãe, a chamada guarda unilateral, de modo que ao pai coubesse apenas o direito à visita. Desse modo, o infante crescia e tinha por referência apenas a figura de um dos genitores, e como normalmente era a mãe, cabia a ela exclusivamente a reponsabilidade de criar e educar, enquanto que ao pai restava pouca participação no processo de criação do filho. Assim, não se formavam laços entre pai e filho e sim a de um pai amigo que retirava a criança do lar materno para passear e brincar aos finais de semana, não atribuindo a este a responsabilidade na formação do filho.

Em virtude disso, é de suma importância que haja consenso entre os genitores, de modo que haja o mínimo de convivência entre estes, para que eles possam decidir conjuntamente a respeito do que é melhor para os seus filhos, a fim de evitarem que o período de separação não seja traumático à criança e nem lhe cause prejuízos em sua formação. Nesse contexto, a boa relação dos pais após a separação do casal é um fator preponderante para que o judiciário determine o compartilhamento da guarda, em virtude de considerarem ser essa a forma que resulte menos traumas aos filhos.

Constatou-se, portanto, que a guarda compartilhada, conforme entendimento jurisprudencial, é o objetivo precípua a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que isso demande reestruturações e adequações a nova situação existencial. Isso assegura, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que os filhos possam usufruir do ideal psicológico do duplo referencial, podendo gozar, de efeito, do amor e carinho de ambos os pais.

## 6. REFERÊNCIAS

ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.

ASSIS, Olney Queiroz. **O Estoicismo e o Direito: Justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lumen Editora, 2002.

BRASÍLIA. **Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.605.477 - RS 2016/006119-9 - Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/78/STJ%20guarda%20compartilhada%20cidades.pdf>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

CANIÇO, Pombas Hermâni. **Os Novos Tipos de Família e Novo Método de Avaliação em Saúde da Pessoa**. Tese de Doutorado apresentado à FMUC, Coimbra 2014. Disponível em: [https://www.uc.pt/imprensa\\_uc/catalogo/outros/novostiposfamilia](https://www.uc.pt/imprensa_uc/catalogo/outros/novostiposfamilia). Acesso em 02 fev. 2019.

CNJ. **CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela**. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>. Acesso em 05 mai. De 2019.

COLLANGE, C. **Defina uma família**. Trad. Mário Fondelli. Rio de Janeiro: Racco. 1994.

CONSULTOR JURÍDICO. **Ter pais morando em cidades diferentes inviabiliza guarda compartilhada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-08/pais-cidades-diferentes-inviabilizam-guarda-compartilhada>. Acesso em: 12 jun. de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Em 15 anos, o número de famílias chefiadas por mulheres mais que dobra**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/03/em-15-anos-numero-de-familias-chefiadas-por-mulheres-mais-que-dobra.html>. Acesso em 10 jun. de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FILHO, José M. **A família como espaço privilegiado para construção da cidadania**. 1998. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Vol. 6: Direito de família**. - 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro. Vol. 6: Direito de família.** - 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

IBDFAM. **A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito**, 2007, Disponível: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+n>>. Acesso em: 15 jun. 2019

JOSÉ FILHO, M. **A família como espaço privilegiado para construção da cidadania**. 1998. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca.

LFG. **Lei do Divórcio - O que mudou em 40 anos no Brasil**. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/lei-do-divorcio-o-que-mudou-em-40-anos-no-brasil>. Acesso em 10 jun. 2019.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MICHAELIS. **Dicionário escolar língua portuguesa**. – São Paulo: Editora Melhoramentos, 2002.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Saraiva, 2ª ed. 1991.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar: família, filhos e desafios**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 236 p. ISBN 978-85-7983-036-5. Disponível em <http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-03.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

SILVA, Flávia Mendes. **Antigos e Novos Arranjos Familiares: Um Estudo das Famílias Atendidas pelo Serviço Social**. Disponível em: <http://unesav.com.br/ckfinder/userfiles/files/ANTIGOS%20E%20NOVOS%20ARRANJOS%20FAMILIARES.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. **Funções e Transformações da Família ao Longo da História**. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/documents/72348/118733/SIMIONATO\\_OLIVEIRA\\_Fun%C3%A7%C3%B5es+e+transforma%C3%A7%C3%B5es+da+fam%C3%ADlia+ao+longo+da+hist%C3%B3ria.pdf/d831ed8d-35e9-4eb1-a7dc-e607d0d7c65e?version=1.0](http://www.tjpe.jus.br/documents/72348/118733/SIMIONATO_OLIVEIRA_Fun%C3%A7%C3%B5es+e+transforma%C3%A7%C3%B5es+da+fam%C3%ADlia+ao+longo+da+hist%C3%B3ria.pdf/d831ed8d-35e9-4eb1-a7dc-e607d0d7c65e?version=1.0). Acesso em: 12 jun. 2019.

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1.609.485 - ES 2016/0165885-9** - Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. DP: 08/03/2017. JusBrasil, 2016. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442907439/recurso-especial-resp-1609485-es-2016-0165885-9>. Acesso em: 05 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1.605.477 - RS 2016/0061190-9** - Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ: 21/06/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/354752138/andamento-do-processo-n-2016-0061190-9-recurso-especial-27-06-2016-do-stj?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/354752138/andamento-do-processo-n-2016-0061190-9-recurso-especial-27-06-2016-do-stj?ref=topic_feed). Acesso em: 05 jun. 2019.

TOLEDO, Iara Rodrigues; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; MENDES, Daiane Cristina da Silva. **Estudos Acerca do Princípio da Afetividade no Direito das Famílias: construção do saber jurídico & crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas Relações Homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

UNIVERSA. **Guarda Compartilhada tem prós e contras; saiba quais são**. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2013/09/07/guarda-compartilhada-tem-pros-e-contras-saiba-quais-sao.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 mai de 2019.

VADE MECUM, JusPodivm: 2018. **Constituição Federal (1988)** 3ª ed. Salvador: JusPodivm 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Civil. Lei 10.406/2002**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm 2018.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/1990**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.