

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL**

**GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS E APLICABILIDADE  
NO SISTEMA BRASILEIRO**

**JAQUELINE ALVES XAVIER**

**FRANCISCO BELTRÃO – PR  
2023**

**JAQUELINE ALVES XAVIER**

**GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS E APLICABILIDADE  
NO SISTEMA BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para avaliação da Disciplina de Orientação a Monografia II, do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior Cesul.

Orientadora: Isabelle C. Monteiro de Lima

**FRANCISCO BELTRÃO – PR  
2023**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**JAQUELINE ALVES XAVIER**

**GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS E APLICABILIDADE  
NO SISTEMA BRASILEIRO**

**Monografia aprovada com requisitos parcial para obtenção do título de  
bacharel em Direito do CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior**

---

**Orientadora: Profa. Isabelle C. Monteiro de Lima**

---

**Professor**

---

**Professor**

**FRANCISCO BELTRÃO – PR**

**2023**

## DEDICATÓRIA

Esse estudo é dedicado a todos os pais que acreditaram no Direito como ferramenta de transformação social.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por me dar forças e me sustentar até aqui, não foi nada fácil se manter em pé, mas ele me guiou e consegui com muita garra e fé.

A minha filha Aurora Xavier Martins, de três anos que é a minha maior inspiração para a construção de um mundo melhor, que é minha vida, meu tudo.

A minha mãe Márcia Costa, por acreditar em mim e ser meu apoio pela educação.

Ao meu mentor Nei Eduardo Ries, por me incentivar incontáveis vezes profissionalmente.

As minhas irmãs Milena Alves Xavier, Natiely Costa e Anna Laura Pasa, por serem meus pilares.

Ao meu ex-marido Diego Antônio Martins, pela compreensão e apoio nessa reta final, principalmente por me dar esperanças e crer comigo que é possível compartilhar a criação da nossa filha com afeto, respeito, presença e muito amor.

As minhas amigas que tanto me incentivaram nessa jornada e me suportaram.

A minha orientadora e professora Isabelle C. Monteiro de Lima, pela paciência e sabedoria ao indicar o caminho correto a seguir na elaboração dessa monografia.

Por fim, aos mestres, pelos ensinamentos recebidos.

## RESUMO

O presente trabalho visou analisar o instituto da guarda compartilhada e sua aplicação, tendo como relevância verificar se na prática o melhor interesse da criança e do adolescente é realmente aplicado de forma efetiva. Para a melhor compreensão do instituto, que se tornou regra no ordenamento jurídico brasileiro depois da Lei nº 13.058/2014, denominada Lei de Igualdade Parental, foi analisado o Direito de Família no que se faz necessário para o entendimento da guarda compartilhada. Primeiramente foi abordado uma breve evolução histórica do Direito de Família, seguindo pelas modalidades de família que existem na contemporaneidade, depois a família sob a ótica dos princípios que fundamentam esse ramo do Direito, bem como foi exposto as modalidades de guarda, os objetivos, efeitos e a aplicabilidade da guarda compartilhada no Brasil. Concernente à metodologia utilizou-se a pesquisa bibliográfica, através das fontes doutrinárias da legislação e a jurisprudência, em relação ao método de pesquisa foi usado o dialético. Após minuciosa análise, verificou-se no tocante ao melhor interesse da criança e do adolescente que a efetividade da guarda compartilhada se dá nos casos em que os genitores estão em acordo e dispostos a dividir as responsabilidades em conjunto. Quando existe um conflito entre os mesmos e é necessário o poder do Estado para julgar, a legislação atual transmite uma falsa ideia de que a custódia compartida pode ser positiva nos casos em que há ausência mínima de harmonia entre os responsáveis. Verificou-se que atualmente a lei não apresenta pressupostos para a fixação desta modalidade de guarda, como reflexo disto, sua aplicação se dá de forma indiscriminada, onde os pais são forçados a se entender, restando maiores reflexos negativos atinente a estabilidade emocional dos filhos do que positivos.

**Palavras-chave:** Direito; Família; Metodologia; Código-Civil; Guarda Compartilhada.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7	
<b>1</b>	<b>TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA</b> .....	9
1.1	MODALIDADES FAMILIARES .....	13
1.1.1	Dos tipos de famílias que existem na contemporaneidade .....	14
<b>2</b>	<b>A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS</b> .....	23
2.1	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	23
2.2	PRINCÍPIO DA LIBERDADE .....	24
2.3	O PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....	25
2.4	PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO .....	26
2.5	PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE .....	27
2.6	PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR .....	30
2.7	PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	32
2.8	PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR ENTRE OS GENITORES E SEUS FILHOS .....	34
2.9	PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA .....	35
2.10	PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA .....	36
<b>3</b>	<b>GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS E APLICABILIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO</b> .....	39
3.1	MODALIDADES DE GUARDA .....	39
3.1.1	Guarda unilateral .....	40
3.1.2	Guarda nidal .....	40
3.1.3	Guarda compartilhada .....	41
3.2	Objetivos e efeitos da guarda compartilhada .....	44
3.3	Aplicabilidade da guarda compartilhada no sistema brasileiro .....	46
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	53	
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	58	

## INTRODUÇÃO

Com a constante evolução da sociedade, o Direito Civil, especificamente no ramo da família, acompanhou a esse progresso ao longo da história jurídica. As novas concepções que definiram sobre a guarda, dividindo-as em modalidades, sendo guarda unilateral onde é atribuído a um dos genitores, a guarda, guarda alternada, na qual os genitores alternam o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, a guarda nidal, na qual as crianças e adolescentes vivem em uma única residência e os pais alternam o tempo em que moram com os filhos e, por fim, a guarda compartilhada, que nada mais é que a divisão das responsabilidades, dos direitos e deveres do poder familiar com relação aos filhos, quando os pais se separaram.

A guarda compartilhada objetiva priorizar sempre o melhor interesse dos filhos, almejando a proteção destes, de forma que seu desenvolvimento e sua estabilidade emocional sejam prioridade, permitindo assim que sua personalidade seja formada de modo equilibrado, tendo como prioridade a responsabilidade e a relação da criança com seus genitores, desta forma, se faz necessária a boa convivência entre os mesmos.

Ocorre que na prática, a ruptura desarmoniosa da relação reflete de forma negativa ao que se refere a aplicabilidade do instituto, o que influencia diretamente no desenvolvimento do infante nos aspectos sociais e psicológicos. Com o ceio familiar interrompido ou em muitas vezes inexistente, busca-se a tutela do Estado, que analisa o caso concreto levando em consideração a vontade dos genitores em manter um convívio com a criança e não propriamente suas condições.

Com o advento da Lei nº 13.058/2014 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 e seguintes do Código Civil, no qual instituiu e disciplinou sobre a guarda compartilhada, dispôs que mesmo os pais não entrando em acordo, a guarda compartilhada será fixada, causando uma obrigatoriedade e uma consequente aplicação de forma indiscriminada.



Porém, na maioria dos casos, o difícil diálogo entre os genitores impede que as divisões das responsabilidades sejam voltadas imperiosamente a criança. Deste modo, a pesquisa repousa na compreensão do instituto da guarda compartilhada, tendo em vista a divergência no que desrespeita a teoria versus prática e a ausência de pressupostos na legislação para a aplicação do instituto, no qual é delineado de forma obrigatória. Sendo importante teoricamente fundar-se em analisar se essa modalidade de guarda respeita de fato a criança e se o melhor interesse dela realmente é garantido.

O destaque social aduz que este tipo de guarda promove instabilidade, quando os pais não estão dispostos a viver uma convivência pacífica mínima, o que torna totalmente inviável a sua efetivação, inclusive pela existência de prejuízos na criação do filho, pelo clima de guerra existente entre os genitores.

Tem como objetivo compreender as medidas necessárias da guarda, os efeitos sociais e psicológicos dos envolvidos, buscando entender o contexto histórico e principiológico que rege a guarda, analisando os aspectos jurídicos, éticos e legais da guarda compartilhada, apresentando a real aplicação do instituto no Brasil, suas falhas e meios para que este sistema seja efetivo.

Concernente a metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica para ter um referencial teórico, a fim de expor o contexto histórico da guarda compartilhada no Brasil e sua aplicabilidade. Outro tipo de pesquisa utilizada é a doutrina, em que foi parafraseado os temas abordados, formando um conjunto de pareceres e colocações teórica de juristas brasileiros, bem como a legislação e jurisprudência em que é explanado a real aplicação da guarda compartilhada no Brasil.

Em relação ao método de pesquisa foi usado o dialético, apresentando o tema geral escolhido em relação ao direito de família, se aprofundando na guarda compartilhada, examinando a teoria e a prática do instituto.

## 1 TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Inicialmente o presente capítulo abordará o resgate do contexto histórico do Direito Civil na esfera familiar, para melhor compreensão sobre o tema traçando-se as modalidades de família, analisando-se as fases do Direito de Família no tempo e aludindo sua projeção com o Direito Família Brasileiro vigente.

Um dos institutos do direito de família que marcou a história e reverberou pelas culturas foi o poder familiar, tomado pelo direito romano propulsor e base para diversas legislações, dando início na Roma antiga.

O conceito de pátrio poder:

No direito romano, o pátrio poder - coluna central da família patriarcal - era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas a toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O pátrio poder em Roma era o mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos (GRISARD FILHO, 2009, p. 37, grifo do autor).

Vejamos que o pátrio poder era o poder do pai aplicado na totalidade perante todos que o cercavam, inclusive e principalmente seus filhos e esposa, visto como a coluna central da família patriarcal, tinha poder absoluto, duradouro e sem limites, sob sua família, escravos e de pessoas paralelas.

De acordo com Gonçalves (2014a, p. 31), coincide a definição partindo do princípio da autoridade, o pater família exercia o direito de vida e morte, assim como poderia vender seus filhos, castigar e definir penas aplicadas no corpo dos mesmos, na época o pai poderia tirar a vida de seus filhos e em relação a esposa, esta era subordinada e até rejeitada por seu marido. Esse poder refletia em todos os seus descendentes não emancipados, sua esposa e as mulheres casadas com os seus descendentes.

Este atributo era tão grandioso que se aludia com o direito de escolher sobre a vida e a morte de seus familiares, tal e qual castigar e aplicar penas severas.

Ainda sobre o olhar de Gonçalves (2014a, p. 31), a partir do século IV a religião cristã começou a predominar e preocupações com a ordem moral começaram a surgir, a autonomia da mulher e os filhos avançou, inclusive se tratando da independência financeira de seus descendentes homens. No casamento os romanos achavam necessário a afeição, mas apenas na celebração, se por ventura isso desaparecesse, não seria motivo para divórcio, o casamento era um sacramento, não podendo dissolver.

Concomitante com o cristianismo o cuidado com a ordem moral sobreveio e a ideia de capacidade de escolha da mulher e dos filhos começou a dar seus primeiros passos.

Com o advindo da Lei das XII Tábuas, ainda na Roma Antiga esses poderes foram ainda mais afetados. [...] Se limitou em três a venda que o pai podia efetuar do filho, dentre outras, [...] reduziu-se a simples direito de correção, sob Justiano, que aboliu a *noxae datio*. (GRISARD FILHO, 2009, p. 38, grifo do autor)

Ou seja, com a Lei das XVII Tábuas o pai que vendia três vezes o filho, perdia o poder paterno e com a chegada do Justiano não podia mais vender o filho, abandoná-lo ou dar para alguém.

Nas palavras de Gonçalves (2014a, p. 32):

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influencia no tocante ao pátrio poder às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.

Na opinião de Grisard Filho (2009, p. 38), o direito germânico tinha o poder familiar como um direito e um dever dos pais para a proteção dos filhos, de forma mais geral para todo o grupo familiar, era um exercício de poder temporário, que dividia com a mãe algumas funções e não impedia que os filhos tivessem bens.

Desta forma, na Idade Média o direito Canônico predominava com a forte concepção do casamento, diferente da Roma Antiga que era o *pater familias*. Momento em que a influência da origem germânica se faz presente, através deste marco, o poder se torna temporário e a esposa começa a ter funções e a ideia de proteção dos filhos ganha força.

Se tratando da mulher, na Idade Média, de acordo com Fernandes (2015, p. 48):

Era conferido o fato de cuidar da família - era dona dos afazeres domésticos e devota à Igreja. Não escolhia o marido, o que muitas vezes a fazia vítima de abusos inclusive sexuais. Como o divórcio era inaceitável, e a mulher não tinha condições de se sustentar, vivia submissa às humilhações, sem nenhuma possibilidade de eximir-se dessas atitudes.

Verifica-se que por muito tempo o casamento não tinha um vínculo de fato afetivo e a mulher se sujeitava aos deveres da casa e da igreja, não podia se separar e não tinha autonomia financeira, fazendo com que fosse impedida de contrariar esse sistema medieval.

“O cristianismo, de indubitável influência como fator de temperança dos costumes, produziu uma síntese desses dois sistemas [...]” (GONÇALVES, 2014a, p. 38).

Na opinião de Gonçalves (2014a, p. 32), a família brasileira, como hoje é conceituada sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e trouxeram forte influência do referido direito, que atingiu o direito pátrio.

Diante dos doutrinadores referidos constatamos que o Brasil se inspirou na filosofia de direito canônica e germânica para instaurar o conceito de família.

Deste modo, para Fernandes (2015, p. 50):

A família no Brasil, surge por lógico, no período da colonização do Brasil e “foi feita em torno da união informal”. [...] É na origem e na evolução histórica da família patriarcal e também no predomínio da concepção do homem livre proprietário, que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil.

Nosso Código Civil, promulgado em 1916, seguiu a linha do direito canônico, e que vigorou até 2002, Fernandes (2015, p. 50) afirma que o Código Civil de 1916, dos artigos 290 se destinava ao direito de família, 151 de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. Fundava-se na família matrimonializada e institucionalizada com objetivo patrimonial, como aquisição de mais patrimônio, regras de transição de riqueza para a própria família após a morte de um membro.

Este Código de acordo com Grisard Filho (2009, p. 39), passou por diversos movimentos, conhecidos por ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os pais e filhos, deu a ambos os pais a responsabilidade sobre os filhos menores e no interesse desses.

A Constituição Federal de 1988 alterou o conceito de família, conforme o artigo 226, dizendo que a família é base da sociedade, e tem especial proteção do Estado, reforça os direitos exercidos de forma igual entre o homem e a mulher, trata sobre a dissolução do casamento e os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, bem como sobre o planejamento familiar, sendo livre a decisão do casal, e o dever do Estado de assegurar a assistência à família e a responsabilidade de tentar coibir a violência no âmbito de suas relações.

Retrata Gonçalves (2014a, p. 33) a Constituição Federal de 1988 realizou uma revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos, primeiramente que a entidade familiar não é mais singular e sim plural, tendo várias formas na constituição, o segundo é a alteração de filiação, repudiando ações discriminatórias nas concepções de filhos fora do casamento, e a terceira sendo a consagração da igualdade entre os homens e as mulheres.

Com o advento Código Civil de 2002 em seu artigo 1.511 enfatizou a igualdade dos cônjuges e no artigo 1.513 disciplinou o casamento religioso e seus efeitos, também materializou a paridade no exercício da sociedade conjugal, resultando o poder familiar e proibindo a interferência das pessoas jurídicas de direito público no casamento.

Nesse diapasão o novo diploma amplia o conceito de família, assim relata Gonçalves (2014a, p. 34), regulando a união estável como entidade familiar,

prevê que o marido conteste sobre a legitimidade do filho nascido de sua mulher, reafirma a igualdade entre os filhos em direitos e qualificações, atenua a imutabilidade do regime de bens no casamento, limita o parentesco, introduz novo regime de bens, traz a invalidade do casamento e insere o instituto de adoção, trata sobre a dissolução de casamento, a prestação de alimentos tem nova visão, revisa a tutela e curatela.

Este Código foi uma consequência das mudanças que a Constituição Federal trouxe, complementando e abrangendo os direitos fundamentais, evoluindo e ajustando a jurisprudência dominante, para modernizar os novos arranjos familiares.

## 1.1 MODALIDADES FAMILIARES

Com o passar dos anos notamos uma vastidão de mudanças em nossa cultura, jeito de viver e de se relacionar, nossa realidade mudou o modelo convencional de família, antes era um homem e uma mulher, rodeados por seus filhos, nos dias de hoje existe um universo diferente dessa família retratada.

De acordo com Madaleno (2017, p. 2), a Constituição Federal de 1988 começou a desconstruir a ideologia patriarcal, centralizada por uma família monogâmica, parental. Antigamente as famílias eram formadas sem afeto ou felicidade, tinham interesse de ordem econômica, construídas para a aquisição de patrimônio. Mesmo com as vertentes de modalidade de família descritos na Carta Magna referida, ainda não abarcava toda essa diversidade familiar.

Nesse sentido, Lôbo (2010, p. 77):

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Diante dos doutrinadores, a forma abordada na Constituição reconhece a desconstrução de uma ideologia patriarcal e prevê de forma meramente exemplificativa alguns modelos comuns naquele momento, mas, permite abrangência para um conceito indeterminado, que depende da experiência de vida para a concretização dessas modalidades de família que surgem com o passar do tempo, a fim de encontrar essa adaptabilidade.

Como já vimos anteriormente, o direito civil precisa evoluir constantemente para amparar tanto as pessoas, quanto estes novos núcleos familiares, a fim de regularizar, proteger e amparar o direito de todos.

Perante Dias (2011, p. 42):

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. As famílias de hoje já não se condicionam aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.

Deste modo, é importante mencionarmos essa diversidade familiar construída pelo afeto, com o objetivo de conhecer estes institutos para nos adequarmos ao tema, visto sua grande relevância no âmbito jurídico que nos permeia.

#### 1.1.1 Dos tipos de famílias que existem na contemporaneidade

Todas as formas de família, seja da forma mais inclusiva e abrangente possível devem estar expressas no Estatuto das Famílias para que seja expandido o conceito de família promovendo a exclusão do preconceito.

Família matrimonial são as famílias formadas a partir do casamento civil ou religioso, ou seja, do matrimônio, que recebem o nome de família matrimonial. Até a constituição da República de 1988, esse era o único tipo de família reconhecido pela lei.

Antes da Carta Magna Brasileira se instituir, perante Madaleno (2017, p. 4), para o casamento dar certo era importante o princípio da monogamia, não estava expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas com base da predominância masculina e da certeza de seus filhos, o relacionamento se via como algo sólido, embora houvesse tolerância para a infidelidade do homem. Tratava-se o casamento como monogâmico, indissolúvel e destinado à procriação, apenas os filhos do casamento eram considerados legítimos.

De acordo com Dias (2011, p. 44), a Igreja Católica consagrou a união do homem e da mulher como sacramento indissolúvel, atribuindo à família, a função de reprodução, havia a possibilidade de cancelar o casamento caso um dos nubentes fosse estéril ou impotente, o Estado sempre resistiu em admitir vínculos formados fora da formalidade. Na Lei do divórcio deu-se a possibilidade de dissolver o casamento e mudou o regime de bens para o da comunhão parcial e tornou facultativo o uso do nome do marido. Com a Constituição de 1988 foi possível encontrar proteção em outras entidades familiares.

Diante dos doutrinadores e ao que foi mencionado no contexto histórico, devido a religião Católica e os costumes o casamento era monogâmico, não poderia haver separação, tinha intenção a procriação de filhos, estes que eram oriundos do casamento se tratavam como legítimos e havia resistência em admitir novas formas de família, o advindo da Constituição Federal de 1988 mudou esse entendimento e teve um importante avanço.

Venosa (2017, p. 58) conceitua o casamento “[...] como um negócio jurídico de direito de família, corresponde ao sacramento religioso, possui suas normas e solenidades solidificadas constituindo a denominada família legítima”.

Conforme o conceito referido a celebração do casamento obedece a formalidades essenciais, que se ausentes podem tornar o ato inexistente, na nossa atualidade o Código Civil de 2002 fala sobre a celebração do casamento.

Uns dos principais exemplos dessa formalidade se localiza no “Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531” (BRASIL, 2002).



E o artigo 1.544 da mesma lei:

Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular (BRASIL, 2002).

A formalidade do casamento começa com o local, sendo no cartório ou em outro local, desde que seja lugar aberto, livre a qualquer pessoa, devido a publicidade do casamento, sendo a autoridade competente o juiz de paz (artigo 1.535 CC), precisa estar na presença obrigatória de duas testemunhas, e os nubentes manifestam, perante o juiz, a vontade de estabelecer o vínculo conjugal (artigo 1.514 CC).

Quanto ao casamento religioso: “Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração” (BRASIL, 2002).

Conforme o artigo, verifica-se que o casamento religioso que atende as formalidades do casamento civil, produzirá os mesmos efeitos.

A partir disso, fica superado o entendimento de que o casamento é vínculo para toda vida, conforme pregou o Direito Canônico, a Constituição Federal pôs fim à ideia de que a família é obrigatoriamente originada através do matrimônio.

Da família informal, na opinião de Madaleno (2017, p. 5), a família informal já foi sinônimo de família marginal, mesmo porque aguardavam a regularização do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro. Antes da Constituição Federal de 1988 ter sido considerada como entidade familiar, chamada de união estável, era nomeada como concubinato. Com o advento da carta referida foi possível resgatar a dignidade das pessoas que se relacionavam informalmente, assim foi visto um crescimento acentuado dessa modalidade em detrimento ao casamento civil.

Consonante ao doutrinador e o que foi retratado no tópico anterior sobre a formalidade do casamento, as famílias informais precisavam de regulamentação e

a Constituição Federal de 1988 trouxe essa proteção, nomeando essa informalidade como união estável, conforme artigo 226 § 3º

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 424) “a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com objetivo imediato de constituição de família”. Ele também aponta elementos caracterizadores essenciais da união, sendo publicidade (convivência pública), continuidade (convivência contínua), estabilidade (convivência duradoura), objetivo de constituição de família.

Sua existência está elencada nos artigos 1.723 a 1727, do Código Civil de 2002, além de ser abordada pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Ainda, acrescentasse que o seu reconhecimento pela legislação nada mais foi do que se adequar a uma verdade existente na sociedade, qual seja: a constituição das famílias independentes de casamento.

Da família homoafetiva: a união homoafetiva é aquela existente entre pessoas do mesmo sexo, configurando uma relação homossexual. Conforme reportagem em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou o consenso do Código Civil sobre a definição de família para reconhecer por unanimidade o direito de casais do mesmo sexo à união estável. Assim, os casais do mesmo sexo recebem os mesmos direitos que os casais heterossexuais são concedidos pela Lei do Casamento Estável.

Em 2013, o Conselho Nacional do Judiciário (CNJ) emitiu a Resolução nº 175, proibindo os cartórios de vetar casamentos entre pessoas do mesmo sexo ou de converter união estável em casamento, e penalizando os cartórios que se recusarem a registrar. Atualmente, toda essa relação é regida pela jurisprudência. (BARBOSA, 2013)

Conforme o artigo 1º do CC “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (BRASIL, 2002).

O reconhecimento da união homoafetiva se deu por conta da consideração do STF sobre a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132. No entanto, enquanto os casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo são garantidos pela decisão do Superior Tribunal de Justiça (STF) e Resolução nº 175, os casamentos/uniões entre pessoas do mesmo sexo ainda estão isentos de legislação específica e permanecem sob a Constituição Federal e Civil Brasileiro Código, que apenas as uniões entre casais de sexo oposto são regulamentadas.

Da família monoparental: A família monoparental caracteriza-se pelo vínculo estabelecido por apenas um dos pais com seu(s) filho(s), conforme conceito dos doutrinadores abaixo.

De acordo com Madaleno (2017, p. 5) “famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos”.

Ressalta Venosa (2017, p. 59) “a família monoparental é aquela em que apenas um progenitor, geralmente a mãe, a conduz. Usualmente, mas não exclusivamente, provém de mãe solteira ou abandonada pelo varão”.

Este tipo de família está conceituado no artigo 226 § 4º da Constituição Federal de 1988, que trata a família como base da sociedade, na qual tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988). Conceituando a entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Relata Diniz (2011, p. 213, 214 e 215) que o principal gerador da monoparentalidade é quando o casal se separa e os filhos normalmente ficam sob a guarda unilateral de um dos genitores, nesse primeiro momento ocorre para quem fica com a guarda, a família monoparental. A adoção feita por pessoa solteira, a inseminação artificial realizada por mulheres solteiras, os irmãos, tios, avós que assumem essa responsabilidade, também se enquadram nessa modalidade.

Assim, a família monoparental pode ocorrer de diversas formas, ocorre que ainda não existe uma legislação vigente em que abarca a proteção deste tipo de família.

Da família anaparental: Família anaparental é aquela formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência.

De acordo com Madaleno (2017, p. 6)

O propósito desse núcleo familiar denominado anaparental não tem nenhuma conotação sexual como sucede a união estável e na família homoassexual, mas estão juntas com o ânimo de construir estável vinculação familiar. Nesse arquétipo, a família anaparental está configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente, como na hipótese de convivência apenas entre irmãos.

Na ausência de algum familiar que ocupe a posição de ascendente, esta família se dá pelo anseio de construir uma vinculação familiar estável.

Da família reconstituída: nas palavras de Madaleno (2017, p. 7), a família reconstituída vem de um casamento ou união estável em que um deles ou ambos tem filhos de outro casamento. Com os divórcios - dissoluções é comum que surja os chamados padrastos e madrastras, dos enteados e enteadas, meio-irmãos que passam a integrar uma nova relação familiar devido a esses vínculos que se formam.

Essa modalidade compõe uma peculiaridade, que é a da possibilidade de coexistirem simultaneamente dois vínculos maternos ou paternos.

Da família paralela: são relações concomitantes, considerada uniões adulterinas, como mencionado anteriormente o casamento é monogâmico, sendo a bigamia considerada uma tipificação criminal, mesmo assim, essas relações não deixam de existir.

De acordo com Madaleno (2017, p. 8):

Um casamento para quem já é casado pode ocorrer se primeiro promover o divórcio, para a convalidação de uma união estável, basta a sua separação de fato ou divórcio extrajudicial ou judicial da relação afetiva anterior.

“A jurisprudência amplamente majoritária nega a existência desses relacionamentos, não os identificando como uma união estável. [...] Nem o STJ, nem o STF reconhecem a existência de união estável” (DIAS, 2011, p. 54).

O objetivo desta pesquisa não é adentrar de forma aprofundada nas questões complexas de cada circunstância, nesta modalidade é necessária uma análise mais específica de cada caso em concreto para poder equilibrar o que se entende por relacionamentos de boa-fé e não causar danos na esfera patrimonial.

Da família poliafetiva: “Trata-se de um triângulo amoroso, constituído pela relação afetiva de mais de duas pessoas, vivendo todos sob o mesmo teto, em convivência consentida e que no passado era veementemente reprimida [...] (MADALENO, 2017, p. 12).

Na intenção de regularizar essa modalidade familiar, houve um questionamento sobre a possibilidade de oficializar através de escritura pública lavrada em um tabelião de notas.

Porém no dia 26 de junho de 2018 o CNJ (Corregedoria Nacional de Justiça) decidiu que os cartórios não poderiam registrar devido o reconhecimento de direitos que esta vertente poderia implicar. Conforme notícia publicada pelo site Migalhas, citada abaixo:

Os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. Por maioria, os conselheiros consideraram que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável - herança ou previdenciários, por exemplo. Processo: 0001459-08.2016.2.00.0000 (MIGALHAS, 2018).

Nada mais é do que o relacionamento de três pessoas ou mais, de forma consentida que atualmente busca-se a regularização dessa modalidade de família, a fim de para buscar proteção no direito, reconhecer isso num Estado que tem como pilar a monogamia seria um ato revolucionário.

Família natural: o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em seu artigo 25 conceitua:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade

De acordo com Madaleno (2017, p. 14) a criança ou adolescente antes de ser posta em família substituta, se dá preferência pela família extensa, avós, tios, primos, entre outros, sendo preciso que a criança ou adolescente conviva com tais parentes e que tenha vínculos de afinidade e afeto.

A família natural é a que a criança que foi gerada e vive com seus pais e mães naturais, ocorre que não sendo possível reinserir em sua família natural, se dá prioridade para que seja a criança ou adolescente cuidada por um parente próximo, como os da família extensa, desde que haja vínculos de afinidade e afeto, requisitos essenciais para a concessão.

Família substituta: regulada no artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei” (BRASIL, 1990).

Ressalta Madaleno (2017, p. 15) sobre a ausência de conceito no Estatuto do ECA sobre essa modalidade de família e conduz ao que seria a definição:

Embora o artigo 28 do ECA não descreva o conceito de família substituta, ela é representada pelos pais que se cadastram de forma unilateral ou bilateral, quando casados ou vivendo em união estável, como candidatos à adoção, aguardando adotados e adotantes a longa espera que sempre envolve essas demoradas trajetórias rumo à adoção.

Ou seja, a família substituta é a que recebe a criança ou o adolescente na ausência ou impossibilidade da família natural.

Família eudemonista: por Dias (2011, p. 55) é uma tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo, busca a felicidade individual, vivendo uma emancipação de seus membros, esse princípio enseja mudar o sentido de proteção jurídica para da família para que o Estado de assistência à família a

pessoa de forma individual a que se integra a família, conforme o enredo do artigo 226 § 8 da CF. Desta forma a família se identifica como a comunhão da vida, do amor, afeto, liberdade, solidariedade e da responsabilidade recíproca, não mais existem razões morais, de ordem religiosa, política, físicas ou naturais que motivem o Estado gerenciar indevidamente a vida das pessoas.

Portanto este é um tipo de família, que, respeita a individualidade e que dá autonomia de escolha para a pessoa, o nosso organograma jurídico retrata a família sempre mencionando reflexos do direito canônico, de procriação, ocorre que um casal que não quer ter filhos ainda sim, é uma família, que busca uma sociedade mais inclusiva assim como os integrantes dessa filosofia pregam.

## 2 A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS

Este capítulo tratará sobre os princípios gerais empregados no direito de família devido sua relevância e a aplicação amplamente utilizada nas doutrinas e jurisprudências, tendo como objetivo melhor interpretação das normas regentes das relações familiares.

### 2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é um preceito basilar para a constituição de um Estado Democrático de Direito.

Para Dias (2015, p. 44, 45) este princípio é o mais universal de todos, um macroprincípio do qual se irradiam os demais, não apresenta somente um limite para a atuação do Estado, mas um caminho para uma aplicação mais assertiva, ligado aos direitos humanos, visando não somente se distanciar de atos contra a dignidade humana, mas tem objetivo também de promover a dignidade por meio de condutas que garantam o mínimo para o ser humano.

Com a mesma percepção Madaleno (2017, p. 46) retrata:

O direito de família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.

Em relação ao direito de família podemos perceber que este instituto teve grande relevância na consagração das diversas modalidades de famílias que pontuamos no capítulo anterior.

Com o advindo do Código de Processo Civil de 2015, este reforçou em seu artigo 8º que o juiz deve atender aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e protegendo a dignidade da pessoa humana, também observando outros princípios que serão abordados na sequência (BRASIL, 2015).



Para Tartuce (2017, p. 9, 14) na aplicação jurisprudencial, para fins de exemplo deste princípio a tese do abandono paterno-filial se utilizou muito ao tratar da lesão da dignidade humana, no qual condenou pais a pagarem indenização aos filhos pelo abandono afetivo, bem como, quando o STF reconheceu a igualdade entre a paternidade socioafetiva e a biológica e a possibilidade da multiparentalidade, com vínculo concomitante.

Tal princípio constitui base da (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227). (DINIZ, 2008, p. 23).

Extremamente importante e utilizado, o princípio da dignidade da pessoa humana ao que tange a esfera familiar está ligado aos direitos humanos dessa entidade, este princípio é a base da família, o qual garante a evolução e a realização dos membros envolvidos com primazia na criança e no adolescente.

## 2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Foi um dos primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, a finalidade da lei é coordenar, organizar e restringir as liberdades justamente para garantir a liberdade individual, no entanto só existe liberdade se houver igualdade (DIAS, 2015, p. 46).

Em consonância Lôbo conceitua:

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral. (LÔBO, 2010, p. 63)

Este princípio deve ser reconhecido pelo Estado, pois cada família tem sua forma própria de criar e educar os filhos, o Estado deve intervir apenas em casos excepcionais.

De acordo com Madaleno (2017, p.90), a liberdade também precisa respeitar o direito alheio, caso contrário haverá abuso, ou seja, essa liberdade tem restrições, inclusive quando contrapostas a outros princípios, caso este é do devedor de alimentos que pode sofrer sanção da prisão civil por injustificada ausência de pagamento, tendo em vista ser superior o direito à vida do alimentando ao direito de liberdade do genitor.

Corresponde ao princípio da autonomia privada, em que o indivíduo pode escolher e regular sua vida trazendo para si o que melhor lhe convém, sem qualquer interferência. Está previsto no art. 1.513 do CC: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

Outra ressalva no âmbito dos direitos da criança e do adolescente é o advindo da lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, conhecida popularmente como a Lei da Palmada que proíbe o uso de castigos físicos ou tratamentos cruéis e degradantes contra os menores, onde o Estado interfere na liberdade dos pais com objetivo de proteger a dignidade dos infantes (BRASIL, 2014).

Ao se tratar da autoridade parental, (conjunto de direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade), este princípio tem como embasamento teórico a garantia de ambos os pais, o direito a igualdade para exercer em conjunto o poder familiar visando o melhor interesse do filho.

### 2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Também reconhecido na Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade representa um grande passo no Direito Brasileiro, no âmbito da legislação familiar a igualdade sem distinção no que tange aos direitos e deveres entre homens e mulheres, bem como da criança, adolescente e do jovem, foi um importante avanço, exemplo disso foi a aplicação dos referidos artigos da

Constituição Federal, sendo o art. 5º, I, art. 226 §5º e art. 227, bem como, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1511.

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição; (grifo nosso)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º **Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher** (grifo nosso).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 1.511. O **casamento** estabelece comunhão plena de vida, com base na **igualdade de direitos e deveres dos cônjuges** (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Este princípio foi aplicado no campo da filiação, quando na Constituição Federal em seu artigo 227 §6º e no Código Civil em seu artigo 1.596 tratou sobre os filhos havidos ou não da relação do casamento ou até mesmo por adoção, tenham os mesmos direitos, não admitindo discriminação entre os mesmos. Exaurindo qualquer possibilidade de filiação legítima e ilegítima, que diferenciava os filhos para poder garantir a estabilidade do casamento.

Quando tratamos da guarda compartilhada, enfoque dessa pesquisa, percebemos o quanto este princípio marcou a garantia de direitos sem parcialidade ou prevalência, tendo em vista que nessa modalidade de guarda os direitos e os deveres decorrentes e intrínsecos ao poder familiar são simultâneos.

## 2.4 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Traduz a ideia de que a lei posterior não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrada (GAGLIANO e STOLZE, 2016, p. 89)

É reconhecido como um dos princípios fundamentais para a aplicação e compreensão ao sistema normativo como um todo, considerando ser uma forma de demonstração do direito de defesa amparado.

Um exemplo deste princípio foi um julgado do STJ no ramo do direito previdenciário e humanitário, referente ao direito do menor sob guarda à pensão por morte do seu mantenedor, embora a lei 9.528/97 o tenha excluído do rol dos dependentes previdenciários naturais ou legais dos segurados do INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social).

A proibição de retrocesso seguiu as diretrizes constitucionais de isonomia, prioridade absoluta e proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da cf). Aplicação prioritária ou preferencial do estatuto da criança e do adolescente (lei 8.069/90), por ser específica, para assegurar a máxima efetividade do preceito constitucional de proteção (JUSBRASIL, 2018).

Apesar do caso demonstrado ser do ramo do direito previdenciário pode-se perceber que mesmo tendo uma legislação específica anterior quanto a exclusão do direito de dependente previdenciário natural ou legal, o estatuto da criança e do adolescente garante em lei posterior a proteção integral, de modo que os princípios da isonomia e do não retrocesso garantem ao menor, mesmo não sendo dependente natural o direito a pensão por morte, pois era dependente do mantenedor na data de sua morte.

## 2.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Este princípio se faz especialmente forte nas relações familiares, afinal o direito de família é moldado pela união socioafetiva dos envolvidos, assim então os vinculando. É um instituto que tem ganhado maior relevância no direito de família e já se tornou um novo fator definidor dos vínculos das relações familiares.

De acordo com Diniz (2008, p. 24 e 25), o traço essencial da evolução da família é a inclinação em tornar um grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, tendo como base a afeição mútua, estabelecendo a plena comunhão da vida. A família passa por inúmeras mudanças, mas como organismo natural ela não se acaba, de modo que o ordenamento jurídico está sofrendo atualizações, logo não há desagregação ou crise.

Mesmo com as alterações que a família tem passado ao longo dos anos de forma natural, verificamos que o conjunto de normas precisam se moldar e acompanhar esse progresso tendo como esteio a afetividade, por isso a importância deste princípio nesta seara.

A afetividade é a mola propulsora dos laços familiares movidas pelo amor e pelo sentimento, afim de garantir o direito da dignidade da existência humana, onde os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo assim até se sobrepor a daqueles, é a liberdade de se afeiçoar ao outro (MADALENO, 2017, p. 94 e 95).

Essa afeição objetiva garantir o princípio da dignidade humana, retratando que mesmo que haja vínculos familiares sanguíneos, a liberdade de escolha pelo afeto deve ser priorizada.

Está consagrada na Constituição Federal de 1988, na qual têm quatro fundamentos essenciais: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança ao adolescente (art. 227) (DIAS *apud* LÔBO, 2015, p. 52 e 53).

Já no Código Civil em seu artigo 1.584 §5º a afetividade e a afinidade são positivas no sentido de contribuir para a guarda a favor de uma terceira pessoa. Como leciona Maria Berenice Dias:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de

estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado (DIAS, 2015, p. 53).

Contribui Flávio Tartuce com um julgado do STJ que define que o afeto tem valor jurídico:

Do mesmo modo, concluindo que o afeto tem valor jurídico, aponta a Ministra Nancy Andrighi, em brilhante julgado de sua lavra: “A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso” (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010) (TARTUCE, 2017, p. 26).

O apego junto com a solidariedade, igualdade e companheirismo são fatores que contribuem para a formação e manutenção de uma família ao longo do tempo.

Neste diapasão o STF revolucionou no sentido da prevalência da filiação socioafetiva ou da filiação biológica, com a possibilidade de aplicabilidade em casos semelhantes:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do

conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes.

[...] Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (JUSBRASIL, 2017)

A parentalidade socioafetiva se baseia na posse de estado do filho, ou seja, em ditado popular, “pai é aquele que cria”.

Conforme demonstrado com a doutrina e a jurisprudência é inegável a importância desse princípio na aplicabilidade de qualquer medida que envolva a família e seus entes.

## 2.6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Está previsto no artigo 3º, I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Conceitua Diniz, (2015, p. 48):

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão de solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Para Lôbo (2010, p. 55):

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

O princípio da solidariedade no campo do direito é concretizado pela existência de um vínculo afetivo natural, que decorre da obrigação de prestar assistência é um dever cuidar do outro, os doutrinadores apontam que está diretamente ligado a ética e a moral.

Este princípio é interpretado não só como o amor vital que une os membros da família, mas também inclui o papel especial da sociedade que é particularmente relevante para os laços familiares (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2016, p. 96).

Como destacado, em respeito ao princípio da dignidade, a solidariedade tem base no amparo, na assistência moral recíproca dentro da família ou não, desta forma, faz-se necessário destacar algumas aplicações jurídicas relevantes para visualizar melhor como esse princípio é utilizado dentro do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Um caso de aplicação deste princípio é o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, no qual retrata de forma clarividente a responsabilidade solidária recíproca entre os entes familiares, o dever de se cuidar: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

Caso a família não consiga suprir os direitos assegurados da criança e do adolescente o Estado precisa assegurar os mesmos com prioridade, entretanto criará mecanismos para coibir tais situações, conforme o artigo 227 e 226 § 8º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Outra situação comumente vislumbrada é o dever de pagar alimentos depois da maioridade, quando estes são estudantes, mesmo com o fim do poder familiar, tendo em vista ter sido exaurido por conta da capacidade civil, continua existindo a necessidade, de modo que, o pagamento se faz por força do vínculo de parentesco, percebendo assim o reconhecimento da solidariedade. (TARTUCE, 2017, p. 16)

O princípio da solidariedade familiar está voltado para a manutenção do vínculo afetivo natural coexistente entre os familiares, com base na ética e na moral esse laço obriga a prestar assistência e cuidar do outro.

## 2.7 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Afirma que as crianças e os jovens são cidadãos de pleno direito, como indivíduos que se desenvolvem e têm dignidade. Tal princípio, visa proteger aqueles que não podem fazê-lo por conta própria. Portanto, o governo, a sociedade e as famílias devem respeitar seus direitos e tratá-los como prioridade (LÔBO, 2010, p. 69 e 70).

Em consonância com esta ideia, este princípio é o principal orientador das instituições de guarda compartilhada, conforme verificamos no princípio da solidariedade em seu artigo 227º da Constituição da República onde a carta preconiza a proteção integral dos menores não só por parte da família, mas também do Estado e da coletividade, garantindo assim os direitos das crianças e dos adolescentes e o melhor interesse dos mesmos.

Essa proteção integral também é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) em seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

A proteção integral pode ser chamada pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou *best interest of the child*, no qual foi instituído pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças (TARTUCE, 2017, p. 24).

O Código Civil reconheceu este princípio quando incluiu em seu ordenamento os artigos Art. 1.583 as modalidades de guarda unilateral e compartilhada e no artigo 1.584 a forma como seria aplicada.

Em 2008 surgiu a Lei 11.698 que instituiu a guarda compartilhada (filho que convive com ambos os pais), o ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra principal esta modalidade, visando manter o melhor interesse da criança e do adolescente para fixar a guarda.

No entanto, ao decidir sobre o tipo de tutela, os juízes devem analisar as circunstâncias da relação entre pais e filhos e, mais importante, devem considerar a base legal do melhor interesse da criança, que também pode ser estabelecido pela guarda unilateral.

Houveram algumas mudanças com o advento da Lei 13.058/2014 que alterou a lei referida anteriormente, do qual foi motivo desta pesquisa, tema que será abordado em momento oportuno.

Em suma, o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente deve ser entendido como o mais importante em todos os fatos dirigidos a eles. Tomando decisões que exijam questionamentos sobre os filhos, o que é melhor e mais importante para atender às suas necessidades e interesses, superando inclusive os interesses dos pais, no intuito de proteger ao máximo seus direitos.

## 2.8 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR ENTRE OS GENITORES E SEUS FILHOS

A convivência familiar é a relação afetiva entre as pessoas que compõem o grupo familiar, que dividem um ambiente em razão de laços de parentesco ou não. Com as mudanças que a sociedade sofreu, não necessariamente essa convivência decorra da divisão do mesmo espaço, exemplo a moradia, a convivência pode ir além.

É conhecida como um dos princípios que tem origem do poder familiar, estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, no qual dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988).

Conceitua Lôbo (2010, p. 68):

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Ao retratar o princípio, corrobora o entendimento dizendo Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 105) os pais e os filhos precisam permanecer juntos, o afastamento definitivo só ocorre em situações justificadas por interesse superior, ou seja, adoção, reconhecimento de paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento do dever legal.

Portanto, vale ressaltar que o rompimento de vínculos afetivos reiterados, bem como o afastamento da convivência familiar, é excessivamente prejudicial à criança e/ou jovem e não correspondem ao fundamento expresso pelo princípio do melhor interesse da/do menor.

Um exemplo da aplicação deste princípio foi um julgado do TJ do Mato Grosso, no qual autoriza o direito de visitas do filho em ver o pai encarcerado no sistema prisional, tendo em vista a importância em manter os laços de afeto que são a base da família como pontuado no princípio da afetividade, desta forma, garantindo a segurança não há que se falar em restrição do direito de convivência do pai com o filho.

Apelação - autorização de visita - estabelecimento prisional - pai encarcerado - menor - direito à convivência familiar - visitação - condições de segurança - apelação a que se nega provimento. 1 - O art. 226 da Constituição da República garante a proteção à instituição familiar e o art. 4º do ECA o direito do menor à convivência familiar. 2 - O convívio do adolescente com o pai encarcerado permite manter os laços de afeto que verdadeiramente sustentam a família. 3 - Se o contato é capaz de surtir efeitos benéficos a ambas as partes envolvidas e são determinadas condições para se garantir a visita em segurança, deve ser mantida a sentença que possibilita a convivência familiar mediante visitação do filho ao genitor aprisionado (JUSBRASIL, 2014).

Por estas razões, fica evidente que o princípio da convivência familiar garante a efetividade dos direitos do poder familiar, levando em conta o superior interesse da criança e do adolescente. Também é um princípio basilar no que desrespeita a guarda.

## 2.9 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Previsto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, no qual retrata que a família é a base da sociedade, tendo proteção do Estado, isto está diretamente ligado aos princípios da proteção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar como pontuado anteriormente. Uma vida digna é alcançada cumprindo a função social da família e da solidariedade familiar.

De acordo com os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 102)

De fato, a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

Independentemente de sua configuração, a família tem o mesmo propósito e função, que é a obtenção da felicidade por meio da realização de nossos desejos. Qualquer restrição legal às relações familiares constitui, pois, um obstáculo ao exercício desta função e, por isso, constitui uma violação das máximas da lei.

Um exemplo deste princípio é a impenhorabilidade do imóvel do bem de família, pois tem função social da proteção do direito de moradia, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana:

Apelação – Embargos de Terceiro – Penhora de imóvel - Sentença de procedência – Impenhorabilidade do bem de família – Interpretação não restritiva do art. 1º da Lei 8.009/1990 – Função social de proteção do direito à moradia ( CF, art. 6º)– Princípio da dignidade da pessoa humana – Entendimentos diversos do c. STJ no sentido de ser impenhorável o imóvel de residência da família, ainda que esteja registrado em nome de pessoa jurídica executada, da qual o embargante é sócio – Prova incontestada nos autos de que o embargante reside no imóvel há longa data – Adequada aplicação da impenhorabilidade do bem de família ao caso – Sentença mantida - Recurso desprovido.(JUSBRASIL, 2021).

Para Tartuce (2017, p. 31) “Em suma, não reconhecer a função social da família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer a função social à própria sociedade”.

Assim como o contrato e a propriedade tem sua função social, a família também, qual seja, proporcionar um ambiente saudável para que os seus integrantes, inclusive as crianças e os adolescentes se desenvolvam e realizem-se enquanto pessoas.

## 2.10 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Entende-se por uma evolução da boa-fé, que saiu da intenção, na qual era a boa-fé subjetiva para o plano de conduta de lealdade das partes como uma exigência de comportamento que está ligada a deveres anexos ou laterais de conduta, chamados de dever de cuidado em relação à outra parte negocial, dever de respeito, dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio, dever

de agir conforme a confiança depositada, dever de lealdade e probidade, dever de colaboração ou cooperação, dever de agir com honestidade, dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão (TARTUCE, 2017, p. 32).

O autor ainda indica que há três funções nítidas para o conceito da boa-fé objetiva: a *função interpretativa* (art. 113 do C.C.), no qual é preciso que os negócios jurídicos sejam permeados pela boa-fé; a função de *controle* dos limites do exercício de um direito para que a boa-fé não seja contrariada nem excedida pelos fins econômicos ou sociais do titular de direito, cometendo assim um ato ilícito (art. 187), e a função de *integração* do negócio jurídico que deve ser permeada pela probidade e boa-fé em todas as fases negociais (art. 422 do C.C.), inclusive o STJ em seu enunciado de n. 25 esclarece sobre a aplicação deste princípio inclusive nas fases pré contratuais e pós contratuais (TARTUCE, 2017, p. 34).

Para contextualizar esse princípio dentro das relações do direito de família, mais precisamente no tema da pesquisa faz-se imprescindível demonstrar através de julgados a real aplicação.

Desta forma, o exemplo trazido é um julgado do STJ de 2020, onde as partes homologaram uma transação de acordo referente a separação litigiosa, cumulada com pedido de guarda e alimentos, e posteriormente, de forma unilateral um dos interessados desistiu, o recurso não foi provido, tendo em vista a violação do princípio da boa-fé objetiva e do comportamento contraditório, só poderia ser alterada a homologação feita caso houvesse demonstração de vício, o acórdão ainda menciona que mesmo não sido homologado o acordo as partes não poderiam ensejar a anulação:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA C/C PEDIDO DE GUARDA E ALIMENTOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO. ARREPENDIMENTO UNILATERAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ OBJETIVA E DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. VALIDADE DO ACORDO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283 DO STF. DECISÃO MANTIDA. 1.

Inexiste afronta aos arts. 458 e 535 do CPC/1973 quando o Tribunal local pronunciou-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo. 2. Esta Corte Superior entende que a transação, com observância das exigências legais, sem demonstração de algum vício, é ato jurídico perfeito e acabado, não podendo o simples arrependimento unilateral de uma das partes dar ensejo à anulação do acordo firmado, ainda que não tenha sido homologado pelo Judiciário. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. 3. A jurisprudência do STJ é firme sobre a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), a impedir que a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha adotar comportamento posterior e contraditório. Precedentes. [...] (JUSBRASIL, 2020).

O princípio da boa-fé objetiva é uma obrigação de tomar certas decisões que visam criar e manter um ambiente familiar baseado no respeito, colaboração, confiança, solidariedade e afeto.

### **3 GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS E APLICABILIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO**

#### **3.1 MODALIDADES DE GUARDA**

Quando cessado o vínculo conjugal ou quando este nunca existiu, surge a necessidade de definir papéis importantes com respeito aos filhos e as funções parentais, desta forma, se faz necessária a divisão dos encargos, a permanência da vinculação e a participação na formação e na educação dos infantes. O sistema jurídico brasileiro reconhece algumas modalidades de guarda de acordo com a sua origem e finalidade.

Conforme expõe Bressan (2009), enquanto os genitores estão casados, o exercício da guarda é feito por eles de forma conjunta, mas quando ocorre a dissolução do vínculo conjugal ou convivencial, surge à necessidade de escolher um dos modelos de guarda para os filhos vindos da relação dos pais.

Em geral temos quatro modalidades de guarda, são elas: guarda unilateral ou exclusiva, onde um dos pais unicamente detém a guarda; a guarda alternada, que a mãe e o pai revezam períodos individuais de guarda; a guarda compartilhada ou aninhamento, onde a criança permanece no mesmo lar e os pais que se revezam na companhia do menor; e por fim a guarda compartilhada ou conjunta, que ambos os pais são responsáveis pela vida dos filhos, é a modalidade que iremos tratar neste trabalho (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Assim, atrelado ao exposto pelos doutrinadores se faz necessário especificar cada uma das modalidades para se aprofundar no tema de pesquisa que é a guarda compartilhada.

A guarda alternada devido à pouca utilização no nosso sistema jurídico brasileiro não será abordada na sequência, mas a título de conhecimento, nesse modelo o filho quem alterna a residência, ou seja, permanece com um dos genitores durante o período de tempo e depois com o outro.



### 3.1.1 Guarda unilateral

Conforme o Artigo 1.583 do Código Civil a guarda unilateral é aquela destinada a apenas um dos genitores ou a alguma outra pessoa que o substitua, sendo atribuída à aquele que tenha mais condições de afeto, segurança, saúde e educação, enquanto o outro genitor ficará obrigado a supervisionar os interesses dos filhos.

“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 (...)

§ 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 (BRASIL, 2002).

Esta modalidade de guarda é a exceção no Brasil, isso ocorre porque a guarda compartilhada, desde 2014, é a regra, uma vez que ela é vista como a mais benéfica para os filhos.

Para Gonçalves (2014b), essa modalidade de guarda unilateral apresenta o inconveniente de impossibilitar o filho do convívio contínuo e diário de um dos pais.

Esse modelo de guarda unilateral acaba por afastar o laço do filho com aquele que não é o guardião, uma vez que é estipulado o dia de visita não sendo sempre um dia bom, pois é marcado previamente e aquele que é o guardião acaba impondo regras (DIAS, 2015).

Esse modelo era o mais utilizado, porém com o advento da guarda compartilhada, a unilateral vem cada vez menos sendo aplicada principalmente em razão da menor participação do outro genitor.

### 3.1.2 Guarda nidal

Essa modalidade de guarda significa para Grisard Filho (2013), que os pais revezam em períodos alternados de tempo para a casa onde vivem os menores, mas é uma guarda que não dura, tendo em vista o custo elevado para manter três casas, sendo uma das crianças, uma do pai e uma da mãe.

Sendo assim, os progenitores saem da residência conjunta, cada um passa a viver noutra imóvel, sendo regularmente estabelecido o período de permanência conjunta com o filho.

Já para Fonseca (2023), é positivo no sentido de as crianças não precisarem mudar de casa, sair do próprio espaço, de seus hábitos. Em contra partida, o grande problema se dá quando os genitores constituem nova família, tornando improvável que os pais recém-casados deixem suas novas famílias para passar vários dias, ou até mesmo uma semana com seus filhos mais velhos. Portanto esta modalidade pode ser benéfica se tomado temporariamente após a separação, minimizando parcialmente os efeitos traumáticos da fragmentação familiar, no qual ajuda o filho a se adaptar ao novo ambiente.

Existem vários pontos positivos e outros tantos negativos, a questão é que para os envolvidos até um momento é viável, o autor em comento diz ser benéfico temporariamente, sendo logo depois da separação, mas com o tempo se torna inviável.

### 3.1.3 Guarda compartilhada

A proposta da guarda compartilhada tem como base a ideologia da cooperação mútua entre os genitores, ela busca o comprometimento de ambos sobre a responsabilidade dos direitos e deveres de forma igualitária.

A Constituição Federal, o Código Civil, e o Estatuto da Criança e do Adolescente sempre estiveram em consonância sobre o exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe e a igualdade entre eles.

Diante da concordância sobre o poder familiar, bem como, das mudanças que a sociedade sofreu, conforme retratado no contexto histórico, em 2008 pela

Lei de nº 11.698 é inserido o conceito de guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro que alterou o artigo 1.583 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.** [...] (BRASIL, 2008, online) (grifo nosso)

O referido artigo passa a definir o que é a guarda compartilhada, ou seja, a cooperação das responsabilidades do poder familiar, tanto nos direitos quanto nos deveres, entre os genitores que não residam mais na mesma residência. A partir deste momento a guarda unilateral deixou de ser aplicada com tanta frequência e a compartilhada tomou grande impulso.

A guarda compartilhada surgiu para melhorar o convívio familiar restabelecendo as relações entre os filhos e os pais, visando que mesmo após a separação física os menores pudessem crescer perto dos genitores. A Lei nº 11.698 de 2008 regulamentou a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, essa Lei reconheceu, portanto, a igualdade e o equilíbrio da responsabilidade dos pais na criação dos filhos e a melhor convivência dos menores com as famílias dos mesmos. Dessa forma, a guarda compartilhada passou a ser preferida a unilateral (GOLÇALVES, 2014).

Com o advento da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada que era uma opção bastante utilizada, se tornou norma obrigatória e acrescentou nos artigos 1.853 e 1.854 e seguintes do Código Civil algumas disposições importantes, sendo as principais, o dever de ser equilibrado entre os pais o tempo de convívio com os filhos, e caso os pais não entrem em acordo, se ambos estiverem condições para exercer a guarda, a modalidade compartilhada será aplicada, com exceção se um dos pais declarar que não deseja a guarda do menor.

No que tange a legislação, o conjunto dessas leis regem a guarda compartilhada atualmente. Diante disto, se faz necessário entender o conceito sobre este instituto.

De acordo com Dias (2011) os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor.

Para tanto, o doutrinador Grisard Filho retrata:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, **é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental**, como faziam na constância da união conjugal.

[...] **Não há portanto, tutela única de uma ou de outra parte; há, tão somente, a salvaguarda do direito da criança ou do adolescente.** (GRISARD FILHO, 2013, p.139, grifo nosso).

Resta evidente que o dever de guarda é de ambos genitores, assim é preciso uma relação ativa e permanente entre os envolvidos para que seja resguardado os direitos dos filhos e para que estes, mesmo posterior a separação ou também, quando os pais não conjugaram um relacionamento, exerçam a autoridade parental em consonância e estejam presentes na vida de sua prole.

Assim, com uma boa relação entre os pais, será possível oferecer melhores condições para os filhos.

Na junção das duas legislações brasileiras sobre a guarda compartilhada, com suas múltiplas interpretações e significados, a custódia compartilhada pode ser identificada pela escolha dentre um dos três sistemas possíveis: 1º residência principal, 2º residência alternada e 3º residência fixa onde os pais se alternam na moradia.

Para Madaleno (2017, p. 93), o primeiro modelo se figura como uma referência primária, ficando o filho sob a custódia de um dos genitores, que ficará encarregado dos cuidados do cotidiano, mas que compartilhará as responsabilidades parentais com o outro, exemplo disso, mudança de escola, endereço, intervenções cirúrgicas e etc. Já na alternada reparte-se o tempo,

podendo ser de um ano com cada genitor, meses ou dias, a criança muda constantemente de casa. A terceira é conhecida como ninho, sistema rotativo entre os pais de sua estada na morada dos filhos, que permanecem na mesma habitação.

Os modelos mais aplicados é o da residência primária e da residência alternada, pois a terceira se mostra um arranjo difícil de aplicar na prática.

### 3.2 OBJETIVOS E EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Esse tipo de guarda almeja a proteção do menor, assegurando o melhor interesse dele de forma que seu desenvolvimento e sua estabilidade emocional sejam prioridade, permitindo assim que sua personalidade seja formada de modo equilibrado. Busca-se a eficiente formação sociopsicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha (AKEL, 2010).

A guarda compartilhada mantém acesos os laços familiares com ambos os progenitores, na qual não cria um vazio na figura de um dos genitores não agraciado com a custódia, a convivência sucessiva garante uma estabilidade emocional aos filhos, diminui a ansiedade e o sentimento de culpa pela separação dos pais, há um aumento de autoestima e de confiança, desta forma usufruem de um bom rendimento escolar, se sentem melhor protegidos e percebem a importância que têm na vida dos pais, mesmo estes tendo refeito suas relações afetivas (MADALENO, 2018, p. 202).

Esta modalidade objetiva que os filhos não sofram com alterações bruscas, que não precisem escolher com quem ficar, que seu desenvolvimento e sua personalidade seja formado com a contribuição de ambos os pais e de uma forma pacífica.

Quando esse ambiente familiar é visualizado na prática, os efeitos positivos são inúmeros e o direito do melhor interesse da criança e do adolescente são resguardados.

O problema está entre os pais que normalmente se separam de forma litigiosa na qual a ruptura de um relacionamento foi de forma hostil o que culminou

em rancor, mágoas, desavenças e não conseguem viver de forma pacífica, causando total desarmonia.

É necessário certa harmonia entre os cônjuges, uma convivência pacífica mínima, pois, caso contrário, será totalmente inviável a sua efetivação, inclusive pela existência de prejuízos na criação do filho, pelo clima de guerra existente entre os genitores (TARTUCE, 2015, p. 1.225).

Mesmo com a regulamentação é comum que os pais não cumpram com o combinado, agindo de forma passional, provocando e alimentando a discórdia, mantendo uma permanente divergência, causando desordens que acarretam um sério risco de que os filhos percam o respeito por seus pais, criando chantagens emocionais e controle dos genitores, diminuindo a autoridade parental (MADALENO, 2018, p. 189).

Além do mais, o doutrinador Coutro (2009) observa que um ponto negativo é a constante troca de residência, provocando aos filhos a falta de referência, onde possa se conscientizar como pessoa em desenvolvimento dentro da comunidade social.

No mesmo sentido Madaleno (2018), “retrata ser absolutamente nefasto ao menor a dupla residência, pois contraria todos os especialistas da área da psicanálise”.

São inúmeras as desvantagens para a criança e ao adolescente quando os pais não tem uma boa comunicação, essa relação causa uma confusão mental de enormes proporções, quando os pais não cumprem com o acordado e perdem o respeito, fica difícil associar a autoridade parental, a dupla residência significa muitas vezes a divergência na educação, religião, sexualidade, nos hábitos dos infantes, o que promove instabilidade social e psicológica.

Segundo Consuelo Barea Payueta muitos países conseguiram impor a ideologia da guarda compartilhada, porém com o decorrer do tempo acumularam experiências desastrosas, assim decidiram iniciar investigações científicas neste sentido; na Austrália por exemplo, constatou-se um grave sofrimento nas crianças e adolescentes e um notável aumento de processos, bem como retrocessos nos procedimentos de guarda. Acreditasse que o magistrado diante dos benefícios da

guarda compartilhada traria um ideal de coparentalidade, que os pais entenderiam o contexto e passariam a cooperarem entre si, a partir de uma sentença esperançosa (MADALENO, 2018, p. 206).

É inegável que toda modalidade de guarda requer esforço dos pais para um bom convívio e desenvolvimento dos filhos, a guarda compartilhada traz inúmeros benefícios para a prole, desde que seja fixado de maneira cuidadosa, pois forçar os pais a dividir responsabilidades, por vezes, pais estes que nunca cooperaram leva ao sofrimento aos descendentes conforme a doutrinadora expõe com base em pesquisas já realizadas.

### 3.3 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO SISTEMA BRASILEIRO

Como pontuado anteriormente existem pontos positivos e negativos ao que desrespeita a guarda compartilhada, desta forma é imprescindível avaliar como se dá a aplicação dessa modalidade no Brasil.

O magistrado terá grande importância para verificação das condições para que a guarda compartilhada seja decretada, mesmo sendo regra, como disposto anteriormente, o juiz deverá analisar os elementos e vantagens para a criança ou adolescente em questão. É necessário que existam fatores essenciais como estabilidade emocional, cordialidade, maturidade nos pais para que esse instituto funcione de forma satisfatória (MADALENO, 2018).

Vale ressaltar que mesmo os pais não possuindo um relacionamento harmonioso, o magistrado deve priorizar pela guarda compartilhada de acordo com a Lei nº 13.058 /2014, devendo optar de forma justificada pela unilateral somente nos casos em que um dos genitores declare o desejo de não compartilhar a guarda ou se pai ou a mãe for dependente químico ou tiver abusado sexualmente do filho (a), bem como em casos em que um dos pais deseja mudar de residência com o filho (a). (MADALENO, 2018, p. 185)

Conclui Judith Wallerstein, Julia Lewis e Sandra Blakeslee que: A ênfase em encontrar políticas que sirvam para todos os filhos não é realista, e é

prejudicial a individualidade das crianças e de suas situações familiares. Devem ser desenvolvidos procedimentos que permitam os filhos discutirem suas necessidades e seus desejos, não tendo como generalizar, como faz a Lei 13.058/2014 a respeito de uma guarda compartilhada física como sendo regra geral (MADALENO, 2018, p. 189 e 190).

Conforme o doutrinador retrata para se ter um resultado positivo na guarda compartilhada é necessário que os guardiões tenham um relacionamento harmonioso e que estejam dispostos a priorizar o melhor interesse da criança como o Estado impõe, porém na prática, basta percorrer alguns processos judiciais para visualizar que o instituto não funciona de forma eficiente, tendo em vista a fixação ser aplicada de forma generalizada e obrigatória.

GUARDA COMPARTILHADA. Sentença pela qual foi julgado parcialmente procedente o pedido para fixar a guarda compartilhada da menor em favor de ambos os genitores. Irresignação da genitora da menor. Pretensão à guarda unilateral. Ausência de conduta desabonadora do genitor. Observância do melhor interesse da menor. Não há dúvida sobre os benefícios da guarda compartilhada nas relações ente pais e filhos e por isso ela pode ser imposta a despeito da falta de plena concordância das partes, sendo certo, em face dos termos da Lei [art. 1.584, § 2º, CC, alterado pela Lei nº 13.058/14], representar um modelo ideal a ser perseguido pelo Magistrado no julgamento de litígios desta natureza. O fato de as partes apresentarem divergências no tocante à educação da menor não afasta a possibilidade de fixação da guarda compartilhada, sobretudo na hipótese dos autos em que não há nenhum fato a desabonar a conduta do genitor. A fixação da guarda compartilhada visa atender ao melhor interesse da criança, garantindo maior aproximação desta com ambos os pais, mesmo quando cessado o vínculo afetivo entre os genitores. Sentença mantida. Recurso não provido (JUSBRASIL, 2022).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. OBRIGATORIEDADE. RELAÇÃO HARMONIOSA ENTRE OS GENITORES. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RESIDÊNCIA DO FILHO COM A MÃE. INCOMPATIBILIDADE. AUSÊNCIA. 1- Recurso especial interposto em 2/4/2019 e concluso ao gabinete em 5/6/2020. 2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) a fixação da guarda compartilhada é obrigatória caso ambos os genitores sejam aptos ao exercício do poder familiar; e b) a vontade do filho e problemas no relacionamento intersubjetivo dos genitores representam óbices à fixação da guarda compartilhada. 3- O termo "será" contido no § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseje



a guarda do menor. 4- Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar. 5- Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial. 6- A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à existência de bom e harmonioso relacionamento entre os genitores. 7- Inexiste qualquer incompatibilidade entre o desejo do menor de residir com um dos genitores e a fixação da guarda compartilhada. 8- Não bastasse ser prescindível, para a fixação da guarda compartilhada, a existência de relação harmoniosa entre os genitores, é imperioso concluir que, na espécie, há relação minimamente razoável entre os pais - inclusive com acordo acerca do regime de convivência -, inexistindo qualquer situação excepcional apta a elidir a presunção de que essa espécie de guarda é a que melhor atende os superiores interesses do filho, garantindo sua proteção integral. 9- Recurso especial provido (JUSBRASIL, 2021).

Resta claro que mesmo os genitores não tendo uma relação harmoniosa, se ambos estiverem aptos para exercer o poder familiar, a guarda compartilhada será obrigatória, bem como a decisão do STJ retrata que o § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Faltam parâmetros nesta lei que permitam avaliar cada caso e sua aplicação, na qual transmite a falsa ideia de que a custódia conjunta legal seja positiva. Se há falta de consenso, diálogo e cooperação dos pais, resta evidente que a imposição pela autoridade do juiz não vai ser satisfatória para a criança, ou seja, não pode a guarda compartilhada ser imposta de forma indiscriminada, como presume equivocadamente o §2º do artigo 1.583 do Código Civil, no qual diz mesmo não havendo acordo entre os genitores quanto à guarda do filho, deverá ser aplicada a compartilhada.

Outra falha na legislação foi deixar superficial a repartição do tempo entre os pais, conforme o Enunciado de nº 603 do Conselho Justiça Federal:

A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a

divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais (BRASIL, 2019).

O enunciado tentou esclarecer depois de muito questionamento sobre a aplicabilidade do referido instituto, dizendo que a primeira definição a ser estabelecida é que a separação dos pais não implica convivência familiar livre, ou seja, é necessário fixar o direito de visitas.

Da mesma forma, é importante organizar o cotidiano das crianças para se evitar abusos pelo exercício da autoridade parental. Ainda assim, definir o tempo são limitações que precisam ser avaliadas a partir de no mínimo um regramento, no qual a legislação deveria impor quesitos para o julgador se nortear.

No âmbito das decisões, a legislação diz que para estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz tem a faculdade de buscar em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, na qual justamente deverá conciliar este equilíbrio temporal, conforme o artigo 1.584 §3º do CC.

Ocorre que a equipe ou o profissional, atua com garantias de autonomia técnica quanto à escolha dos procedimentos realizados no contexto da avaliação. A exemplo do psicólogo, que pode determinar o número de entrevistas e a pertinência ou não de visita domiciliar, bem como a livre manifestação do ponto de vista técnico, conforme normativas do artigo nº 525 do Código de Normas do TJPR, do artigo 151 da Lei 8.069/90, bem como resolução 9/2018 do Conselho Federal De Psicologia e Nota Técnica 005/2018 do Conselho Regional De Psicologia Do Paraná (CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO PARANÁ, 2018).

Resta assim dizer que a autonomia do profissional pode corroborar com a superficialidade da decisão do magistrado, tendo em vista que este pode escolher de uma maneira breve quantos atendimentos serão e se haverá necessidade de visitação na residência do domicílio dos genitores.

Devido à alta demanda do judiciário e o curto prazo entre a determinação da avaliação social e a audiência de instrução e julgamento, resta evidente que

estas avaliações podem ser rasas, visto que não se pode constatar que em um atendimento com cada sujeito (o comum), o profissional consiga avaliar de forma eficiente as condições históricas, sociais e ter um panorama da realidade dos envolvidos para entregar uma orientação completa e com todos os elementos capazes de fazer com que o magistrado disponha de clareza nas tomadas de decisões quanto ao melhor interesse da criança.

Essa ausência de pressupostos para a definição da guarda compartilhada faz com que a decisão do magistrado seja uma difícil e complexa tarefa de averiguação dos fatos, no qual precisa definir com base em seu entendimento o que é melhor para a criança concedendo de forma usual e automática.

Assim, retratando uma realidade diversa do objetivo inicial da guarda conjunta e causando mais efeitos negativos do que positivos a criança ou adolescente, senão, vejamos:

Os juízes que contornam estes desafios justificam frequentemente a sua ação considerando eles mesmos os seus pensamento moderno e avançado. Mas, a principal desvantagem da concessão usual e automática da guarda compartilhada é o fato de que ela traz às crianças mais malefícios do que benefícios, como, por exemplo, aumentam as chances de os menores serem usados como armas e espiões dos com filhos parentais, porque não são impostas restrições entre pais não cooperativos, sendo provável o uso dos filhos e, certamente, a custódia isolada não protegerá as crianças desta situação, mas reduzirá as oportunidades de os pais envolverem seus filhos nesta ordem de manipulações (MADALENO, 2018, p. 203).

Madaleno elenca alguns parâmetros que auxiliariam o sistema da guarda compartilhada e serviriam de termômetro para o êxito da custódia:

Por exigência expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) os vínculos de *afeto e afinidade* existentes entre os filhos e seus progenitores ou guardiães. Atitudes objetivas dos pais para garantir o bem-estar dos filhos em saudável e protetivo ambiente familiar; posições de cooperação para assegurar a estabilidade emocional dos filhos; tempo disponível para dedicação; ser auscultada sempre a opinião do menor sobre a forma de convivência e de visitação; residências adequadas para colhimento dos filhos e disposição de horários para atender a prole, são itens que servirão como um bom termômetro da garantia de êxito da função da guarda, assim como a existência anterior à dissolução da vida do casal, de colaboração entre os progenitores com relação aos seus filhos, a fim de que a custódia compartilhada não seja uma novidade difícil de assumir pelo ascendente que nunca havia

participado diretamente das tarefas e dos cuidados dos seus filhos (MADALENO, 2018, p.186).

Conforme o doutrinador expõe, é necessário afeto e afinidade entre os envolvidos, ter atitudes objetivas, cooperar, ter tempo de qualidade, saber escutar os filhos, ter uma residência apta para se chamar de lar e disposição de tempo para cumprir com as obrigações parentais. Além do mais elenca sete pressupostos para aplicação da custódia compartilhada, expostas a seguir:

É necessário a afinidade e predisposição para que os pais encontrem por esforço conjunto meios para moderar as divergências de opiniões, na qual traria um baixo nível de conflito entre os genitores, haja vista que, quando um pai não está disposto a exercer suas obrigações, além dos conflitos excessivos com a mãe, o mesmo acaba terceirizando suas responsabilidades (MADALENO, 2018, p.188).

A boa relação entre os progenitores é primordial, pois o desencontro e o desalinhamento de informações influenciam negativamente no desempenho e aprendizado e formação dos seus rebentos. O respeito aos períodos de tempo dos pais, pois no descumprimento das medidas fixadas, a falta de respeito e apoio pode causar uma subversão de autoridade nos infantes (MADALENO, 2018, p.188 e 189).

A proximidade geográfica, caso não seja fixado uma moradia exclusiva, pois a prole precisa ter ponto de referência com relação a suas amizades, colégio, atividades extracurriculares, locais de lazer, distâncias muito longas causam um certo desgaste aos filhos. Tal como, a conciliação da vida profissional e familiar, tendo em vista que, a mulher sempre é forçada a se preocupar mais com os cuidados dos filhos do que o pai, uma pressão social que é só exigida à mãe (MADALENO, 2018, p.191).

A questão do fator físico no tocante a criança ter uma residência como ponto de referência, onde o convívio com ambos os genitores não precisa ser como faz entender o dispositivo legal, que a criança passa a ter duas casas, se dividindo dois dias com a mãe e dois com o pai, mas sim que a criança terá mais

convívio com o genitor, podendo este levar à escola durante a semana, levar almoçar, podendo acompanhar nos deveres escolares (MADALENO, 2018, p.194).

Por fim, destacar quem é a figura primária de referência, na qual se faz importante verificar quem cuida das tarefas escolares da criança, quem leva ao médico, quem despende de comida, vestuário, quem disciplina, brinca, onde tem mais brinquedos, roupas e etc, na intenção de promover a continuidade da educação e das relações afetivas para com o infante. É um critério funcional e objetivo relacionado ao desempenho prestado aos filhos, que na maioria das famílias é prestado por um dos genitores, nos quais estão mais ligados afetivamente (MADALENO, 2018, p.186).

Conclui-se que os parâmetros abordados pelo doutrinador seriam pressupostos para uma melhor adequação nos julgados no que tange a guarda compartilhada, visto que cada caso seria analisado de modo extremamente cuidadoso e cauteloso por um viés particular para analisar a viabilidade ou não; e não ser vista como regra e aplicada de forma indiscriminada, desta forma, seria possível ter mais efetividade nas decisões e melhor garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou através de todo o arcabouço do contexto histórico e princípio lógico que o direito de família apresenta, bem como das espécies de família, especialmente na sua constante evolução, compreender a guarda, suas modalidades e as medidas necessárias para a concessão da guarda compartilhada, seus aspectos jurídicos, tal como seus efeitos sociais e psicológicos diante dos envolvidos e sua aplicabilidade no Brasil.

No primeiro capítulo foi abordado a transformação histórica da família, destacando o instituto do poder familiar que marcou a história e reverberou por culturas, o pátrio poder era o poder do pai aplicado na totalidade perante todos que o cercavam, inclusive filhos e esposa, com o passar do tempo o direito germânico trouxe a ideia do poder familiar como um direito e um dever dos pais para a proteção dos filhos de modo mais generalizado. Na Idade Média o direito canônico predominava e seguia o pensamento germânico, o cristianismo, então produziu uma síntese dos dois sistemas.

Pode-se dizer que a família brasileira sofreu influência da família romana, canônica e germânica, o Código de 1916 que vigorou até 2002 passou por diversas mudanças, tais como, igualdade entre os cônjuges, entre os pais e os filhos, também deu aos genitores responsabilidades sobre os filhos menores e destacou sobre o interesse destes. Em 1988 com o advento da Constituição Federal a família passou por uma revolução, tratando-a como uma entidade plural, dando várias formas de constituição das mesmas, também alterou a filiação e repudiou a discriminação da concepção dos filhos fora do casamento e consagrou a igualdade entre os homens e as mulheres.

O Código Civil de 2002 reforçou as mudanças da Constituição Federal trazendo e complementando os direitos fundamentais, evoluiu e padronizou as jurisprudências modernizando os novos arranjos familiares.

Ainda no primeiro capítulo foi abordado os tipos de famílias existentes na contemporaneidade, tendo em vista que a realidade mudou o modelo

convencional de família, desconstruindo então a ideologia patriarcal, sendo estas, família matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental, reconstituída paralela, poliafetiva, natural, substituta e família eudemonista.

No segundo capítulo foram apresentados os princípios que norteiam o Direito de Família devido sua relevância e sua ampla aplicação nas doutrinas e jurisprudências, nos quais auxiliam na melhor interpretação das normas regentes, sendo estes, o princípio da dignidade humana; da liberdade, da igualdade, vedação ao retrocesso, afetividade, solidariedade familiar, melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar entre os genitores e seus filhos, da função social da família e o princípio da boa-fé objetiva.

O terceiro capítulo inicia destacando as modalidades de guarda mais utilizadas no ordenamento brasileiro, sendo estas a unilateral, onde a guarda é atribuída apenas a um dos genitores, a guarda nidal, na qual as crianças e adolescentes vivem em uma única residência e os pais alternam o tempo em que moram com os filhos e por fim, o instituto mais indicado e tema da pesquisa referida, a guarda compartilhada, que é a divisão das responsabilidades, dos direitos e deveres do poder familiar com relação aos filhos, quando os pais se separaram.

Discorreu que a guarda compartilhada surgiu para melhorar o convívio familiar, reestabelecendo as relações entre os filhos e os pais, visando que mesmo após a separação, é possível que os filhos convivam com ambos os genitores e que estes possam dividir a responsabilidade parental que envolve criar os filhos, desta forma com o advento da Lei 11.698/2008 a guarda compartilhada passou a ser a modalidade preferida.

Em 2014, com a Lei 13.058 a guarda compartilhada se tornou obrigatória, trazendo o dever de ser equilibrado o tempo de convívio entre os genitores com seus filhos, bem como, caso os pais não tivessem um acordo, a guarda seria aplicada do mesmo modo, com a exceção de que caso um destes se manifestasse pelo desinteresse seria fixado o formato unilateral.

Destacou-se sobre os objetivos e efeitos do referido instituto, demonstrando seus principais pontos positivos, sendo cruciais a manutenção dos

laços afetivos e da convivência com ambos os genitores, nos quais promovem estabilidade, autoestima, confiança e sensação de proteção, tendo em vista a importância que tem na vida dos pais.

Salientou também os pontos desfavoráveis, tendo maior importância a ausência de harmonia nos casos de separação litigiosa onde os pais não conseguem conviver de forma pacífica, tornando inviável que a efetivação deste modelo funcione de forma no mínimo satisfatória, causando desestabilidade emocional, perda de autoridade parental, confusão, divergências na educação, sexualidade, nos hábitos e etc.

No que desrespeita a aplicação da guarda no sistema brasileiro, resta evidente que o magistrado tem uma fundamental importância para a verificação das condições de cada família, uma tarefa árdua e complexa em especial quando se trata da garantia do melhor interesse da criança e do adolescente.

Conforme mencionado anteriormente, a lei atualmente obriga a aplicação da guarda compartilhada, devendo optar pela forma unilateral de modo justificado e somente nos casos excepcionais, como em que um dos genitores não queira a guarda, ou quando um destes for dependente químico, quando tiver abusado sexualmente do filho ou quando um dos pais deseja mudar de residência com o filho.

Ocorre que percorrendo as jurisprudências, é possível verificar que existe uma fixação da guarda compartilhada indiscriminada e essa concessão usual e automática traz mais malefícios do que benefícios a criança e ao adolescente, porque não são impostas restrições aos pais não cooperativos, desta forma, só aumentam o número de demandas judiciais e desgaste nas relações interpessoais.

Por fim, através da análise histórica, tendo em vista a grande evolução do direito dos filhos no tocante a consagração dos princípios adquiridos, principalmente no que norteia a guarda compartilhada que é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de resguardar e protegê-los, com base nas doutrinas e jurisprudências destacadas é possível dizer que a guarda



compartilhada garante o melhor interesse da criança à luz dos efeitos de instabilidade social e psíquica que nela causem?

Revelou-se a resposta para o problema principal que sim, é possível que este sistema garanta que a criança ou adolescente cresça em um ambiente saudável, onde os pais partilhem suas responsabilidades e cooperem mutuamente para o bom desenvolvimento de sua prole, desde que estejam dispostos.

Desta forma, para que essa modalidade seja fixada é imprescindível que primeiramente seja realizado a avaliação distinta de cada caso concreto, havendo a averiguação obrigatória de alguns pressupostos, sendo estes: afeto, afinidade e predisposição para que as divergências que surgirão no dia-a-dia sejam passíveis de composição; boa relação entre os genitores para que não haja desencontro e desalinho no tocante a educação, bem como na cumplicidade no que desrespeita ao cumprimento de suas obrigações; a proximidade geográfica, para não causar desgaste na aplicação da modalidade ou fixação de uma residência fixa para que os filhos possam ter um ponto de referência; e por fim e não menos importante a identificação de uma figura primária, no sentido de dar continuidade aos cuidados basilares da criança ou do adolescente, normalmente o genitor que está mais ligado afetivamente com a prole.

Também se faz necessário que todos os envolvidos tenham conhecimento amplo sobre como funciona as modalidades de guarda, quais são seus direitos e deveres e o de seus filhos, sendo assim, é de extrema importância que os advogados contribuam e orientem seus clientes de forma qualificada para que a lide seja solucionada de uma maneira mais assertiva.

Além de avaliar os requisitos e o conhecimento das partes, seria essencial que as avaliações sociais, atualmente realizadas antes da audiência de instrução fossem aplicadas antes da audiência de conciliação para que o juízo tenha um conhecimento maior referente a situação do caso para confrontar com os requisitos para poder homologar os acordos realizados, tendo em vista, que muitas vezes as partes homologam acordos sem ter conhecimento ou condições

de cumprir com o estabelecido, o que gera mais demanda no judiciário e dispêndio emocional e financeiro das envolvidos.

## REFERÊNCIAS

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

BARBOSA, Joaquim. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754#:~:text=1%C2%BA%20%C3%89%20vedada%20%C3%A0s%20autoridades,corregedor%20para%20as%20provid%C3%AAs%20cab%C3%ADveis.>> Acesso em 22 de mai. de 2023.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm#art266](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#art266)>. Acesso em 23 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **CÓDIGO CIVIL.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 Mar. 2023.

BRASIL. LEI Nº 13.010, DE 26 DE JUNHO DE 2014. **Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm)>. Acesso em: 23 Jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal De Justiça. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1411258 RS 2013/0339203-9.** 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/547629366>> Acesso em: 08 jun. 2023.

BRESSAN, Vinícius Costa. A guarda compartilhada e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-69/a-guarda-compartilhada-e-sua-aplicacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 03 jun. de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução de n 175º**, 2015. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2013/07/resolucao\\_175\\_14052013\\_16052013105518.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2013/07/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf)>. Acesso em: 29 Mar. 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado de n 603º**, 2019. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/832>>. Acesso em: 23 Jun. 2023.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO PARANÁ. **Nota Técnica CRP-PR 005-2018**, 2018. Disponível em: <<https://crppr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Nota-T%C3%A9cnica-005-2018-Autonomia-Profissional.pdf>>. Acesso em: 23 Jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 23 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família**. 1 ed. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2015.

FONSECA, Priscila Corrêa. **Pílulas sobre a guarda nidal**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/384383/pilulas-sobre-a-guarda-nidal>> Acesso em: 03 jun. de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunal, 2013.

JUSBRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**: 898060 SC. Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 21/09/2016. Tribunal Pleno. Data de Publicação: 24/08/2017. <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1369336524>>. Acesso em: 22 jun. 2023

JUSBRASIL. Supremo Tribunal De Justiça. **Agravo interno no Recurso Especial**: 1472899 DF 2014/0195105-6. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 28/09/2020. T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJe 01/10/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101137262>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp)**: 1411258 RS 2013/0339203-9. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 11/10/2017. S1 - Primeira Seção. Data de Publicação: DJe 21/02/2018. RMPRJ vol. 70 p. 491. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/891134305>>. Acesso em: 22 jun. 2023.

JUSBRASIL. Supremo Tribunal De Justiça. **Recurso Especial**: 1877358 SP 2019/0378254-5. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 04/05/2021. T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 06/05/2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205793243>>. Acesso em: 23 jun. 2023.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**: 10150458620208260564 SP 1015045-86.2020.8.26.0564. Relator: Christiano Jorge. Data de Julgamento: 23/06/2022. 6ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 23/06/2022. <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1555205294>>. Acesso em: 22 jun. 2023

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2552>>. Acesso em: 27 mar. 2023.

MADALENO, Rodolfo. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Manual do direito de família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MIGALHAS. **Cartórios não podem registrar uniões poliafetivas, decide CNJ**, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/282599/cartorios-nao-podem-registrar-unioes-poliafetivas--decide-cnj>> Acesso em: 29 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual do direito civil**. 5 ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Acórdão no processo nº 119469617**. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Publicado em 20/09/2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/119469291/inteiro-teor-119469617>>. Acesso em: 23 jun. 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil família**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.