

**CURSO DE DIREITO**

Angélica Devitte

**A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO  
ALTERNATIVA PARA A DIMINUIÇÃO DOS CONFLITOS NO DIVÓRCIO**

Santa Cruz do Sul  
2015

Angélica Devitte

**A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO  
ALTERNATIVA PARA A DIMINUIÇÃO DOS CONFLITOS NO DIVÓRCIO**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Norberto Luiz Nardi  
Orientador

Santa Cruz do Sul  
2015

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Angélica Devitte, adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Ms. Norberto Luiz Nardi  
Orientador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por me guiar e me dar forças para seguir em frente, por me mostrar que os sonhos podem ser realizados, e que sou eu quem escreve o meu próprio destino.

Ao meu pai, Irno Jorge Devitte, a melhor pessoa que eu conheço de quem sempre recebi todo o apoio de que precisei, um pai dedicado que nunca mediu esforços para me ajudar, me amparar e me motivar, que sempre acreditou em mim e em minha capacidade, um grande amigo que compartilha comigo os meus sonhos e perspectivas, com quem sei que poderei contar durante todos os dias de minha vida.

A minha mãe, Anélia Teresinha Devitte, por ter sido um exemplo de ternura e amor, por fazer de mim a pessoa que sou hoje, por me amparar e proteger mesmo não estando mais entre nós, e por ser sempre a minha estrela referência a mais brilhante das estrelas que vejo quando olho para o céu.

Ao meu noivo Laércio Avelino Loeblein, pela compreensão, paciência e amizade, por caminhar ao meu lado em direção ao futuro, por me fazer sorrir a cada dia e por me ensinar que a felicidade plena pode ser construída dia após dia, com a medida certa de amor e dedicação.

Aos meus amigos e colegas de ônibus, pelo carinho, compreensão e incentivo, nos momentos em que a dedicação aos estudos foi exclusiva, que além de tornar as longas viagens mais alegres tornavam sempre mais leve o fardo das provas e trabalhos de fim de semestre.

Agradeço também, aos professores do curso de Direito, que dedicam seu tempo, a formar não apenas estudiosos do Direito, mas seres humanos de caráter, e espalham seu conhecimento e dedicação nos corações dos alunos.

Um agradecimento especial ao Prof. Ms. Norberto Luiz Nardi, pela dedicação e disponibilidade de me acompanhar neste importante momento acadêmico, por ter feito despertar em mim um interesse especial pelo Direito de Família e pelos conhecimentos transmitidos.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao Prof. Ms. Vinícius Lanner, por ter aceito o convite de compor a minha banca, agregando seus conhecimentos e sugestões para este trabalho.

## RESUMO

O presente estudo monográfico sob o método hermenêutico trata sobre “A fixação da guarda compartilhada como alternativa para a diminuição dos conflitos no divórcio”, abordando primeiramente uma introdução ao direito de família, e do conceito de família na sociedade atual. Apresenta ainda uma pesquisa realizada em torno dos princípios aplicáveis ao direito de família, conceituando e explicando o papel de cada um deles. Assim como demonstra também o estudo do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, suas espécies e legislação. Através do embasamento legal, tem-se como propósito demonstrar que a fixação da guarda compartilhada é favorável tanto para os filhos como para os pais, diminuindo em muito os conflitos no momento do divórcio. Percebe-se assim, que quando fixada a guarda compartilhada deixa de existir uma das maiores causas de conflito no momento do divórcio que é a disputa pela guarda dos filhos.

**Palavras-chave:** família; direito de família; princípios; divórcio; guarda; guarda compartilhada.

## ABSTRACT

This monographic study under the hermeneutic method deals with "the determination of shared custody as an alternative to reducing conflict in divorce", first addressing an introduction to family law and the family concept in today's society. It also presents a survey around the principles applicable to family law, conceptualizing and explaining the role of each of them. As well as demonstrated in the study of divorce in the Brazilian legal system, its species and legislation. Through the legal basis, it has the purpose to demonstrate that the setting of shared custody is favorable both for children and for parents declining in much conflict at the time of divorce. It can be seen therefore that when attached to shared custody ceases to be a major cause of conflict at the time of divorce which is the dispute over child custody.

**Keywords:** family; family law; principles; divorce; guard; shared custody.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Conceito de família na sociedade atual .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2</b>	<b>Princípios aplicáveis ao direito de família.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2.1</b>	<b>Princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2.2</b>	<b>Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.3</b>	<b>Princípio da igualdade jurídica dos filhos .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.4</b>	<b>Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar .....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.5</b>	<b>Princípio da comunhão plena de vida.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.6</b>	<b>Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.7</b>	<b>Princípio da afetividade.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2.8</b>	<b>Princípio do melhor interesse da criança.....</b>	<b>21</b>
<b>3</b>	<b>A HISTÓRIA DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SUA ABORDAGEM ATUAL .....</b>	<b>23</b>
<b>3.1</b>	<b>A Emenda Constitucional nº 66/2010 e as modificações trazidas.....</b>	<b>24</b>
<b>3.2</b>	<b>As modalidades de divórcio e sua aplicabilidade .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2.1</b>	<b>O divórcio judicial e suas espécies.....</b>	<b>26</b>
<b>3.2.2</b>	<b>O divórcio extrajudicial e seu processo simplificado como alternativa à ação judicial de divórcio .....</b>	<b>27</b>
<b>3.3</b>	<b>O poder familiar e seu exercício.....</b>	<b>28</b>
<b>3.4</b>	<b>A guarda dos filhos no divórcio dos pais.....</b>	<b>32</b>
<b>4</b>	<b>A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO ALTERNATIVA PARA A DIMINUIÇÃO DOS CONFLITOS NO DIVÓRCIO .....</b>	<b>36</b>
<b>4.1</b>	<b>A guarda compartilhada no direito brasileiro .....</b>	<b>37</b>
<b>4.2</b>	<b>Como funciona a guarda compartilhada .....</b>	<b>38</b>
<b>4.3</b>	<b>A guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental.....</b>	<b>41</b>
<b>4.4</b>	<b>Desvantagens da guarda compartilhada .....</b>	<b>43</b>
<b>4.5</b>	<b>Das vantagens da guarda compartilhada .....</b>	<b>44</b>
<b>4.6</b>	<b>Do comportamento dos tribunais pátrios.....</b>	<b>46</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a família é parte importante da sociedade, e que foi e continua sendo o assunto central de inúmeros debates. O instituto familiar é muito estudado por acadêmicos e doutrinadores tendo muitos deles tentado classificar a família em espécies conforme as mudanças da sociedade, o que ocorre é que são as famílias que mudam a sociedade e não o contrário. Todas as significativas mudanças na sociedade começam dentro do núcleo familiar, em suas maneiras de pensar e agir.

Tem-se como objetivo deste trabalho o estudo da família, de sua história, e seu conceito atual, os princípios a ela aplicados, e as suas mais significativas mudanças, levando isso à abordagem principal desta monografia, a aplicação da guarda compartilhada, suas vantagens e desvantagens.

Procura-se com este trabalho pesquisar os pontos positivos e negativos da guarda compartilhada, analisando assim como ela pode contribuir para a solução dos problemas que pais e filhos enfrentam em um momento crítico para a família que é a dissolução de um casamento.

No momento da ruptura do casamento pelo divórcio, sobram mágoas e ressentimentos entre o casal, e isso muitas vezes faz com que o distanciamento não ocorra somente entre o casal, mas também entre os filhos em relação a um dos pais. Começa entre os pais uma disputa pela atenção e pelo amor do filho, onde a criança fica dividida e amargurada.

O instituto da guarda compartilhada é muito discutido no sistema jurídico brasileiro e vem ganhando cada vez mais espaço, apesar de este instituto já existir bem antes da criação da lei n. 11.698/08 foi com a criação da referida lei que a guarda compartilhada passou a ser mais conhecida e utilizada.

Em 2014 foi criada a lei n. 13.058/14 que faz com que a guarda compartilhada que antes era a exceção agora se torne a regra, aumentando mais ainda a sua aplicação no direito brasileiro.

Antes das leis n. 11.698/08 e n. 13.058/14 a guarda compartilhada já era aplicada em alguns casos, mas eles eram poucos, e para esses casos se usava como base princípios constitucionais e o Código Civil, mas eram vistos com bastante resistência só ganhando força com a criação da referida lei.

Quanto à metodologia utilizada, registra-se que foi o método hermenêutico, que consiste na interpretação de textos e obras, e o tipo de pesquisa bibliográfico,

que visa a utilização de livros e artigos já elaborados para o desenvolvimento e construção monográfica. Foram consultadas inúmeras doutrinas, onde os autores abordavam os temas deste trabalho, possibilitando assim uma construção crítica, com a apresentação da visão dos principais estudiosos do assunto.

Procura-se com este trabalho monográfico responder as seguintes indagações: Os problemas enfrentados por casais em relação a seus filhos no momento do divórcio podem ser amenizados quando se opta por um modelo de guarda que proporcione maior proximidade dos filhos com ambos os pais? De que maneira a guarda compartilhada poderá solucionar os conflitos causados pelo divórcio? Esse instituto conseguirá sozinho solucionar e combater os reflexos negativos da dissolução de uma família? Que contribuições este tipo de guarda pode trazer para uma família em processo de divórcio?

Para uma melhor compreensão, este trabalho foi dividido em três capítulos principais, sendo eles: Introdução ao direito de família, O divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e A fixação da guarda compartilhada como alternativa para a diminuição dos conflitos no divórcio.

No primeiro capítulo será abordado o direito de família de uma forma ampla e geral, apresentando o seu conceito, elencando e explicando os principais princípios aplicados ao direito de família, com o objetivo de entender o modelo de família atual.

Já no segundo capítulo será aprofundado o estudo do divórcio, explicando os efeitos da emenda constitucional nº 66/2010, as modalidades de divórcio no sistema jurídico brasileiro, a delicada situação da guarda dos filhos com a separação dos pais, explicando as consequências do divórcio no poder familiar, identificando os principais conflitos e as principais causas de desentendimento dos pais em relação aos filhos.

Por fim, no terceiro capítulo será analisado mais profundamente o assunto principal desta monografia, a guarda compartilhada. Neste capítulo será explicada a sistemática da guarda compartilhada, como ela realmente funciona, onde está prevista, como está sendo aplicada no Brasil, suas consequências jurídicas e psicológicas, analisando as melhores formas de aplicá-la, assim como os momentos em que não é viável sua aplicação.

Será abordado também neste terceiro capítulo o estudo das principais vantagens e desvantagens da guarda compartilhada em relação a guarda unilateral, assim como também seus benefícios no sentido de evitar a síndrome da alienação

parental. Analisar-se-á também os principais motivos de conflito entre os casais em processo de divórcio e se a guarda compartilhada contribui para sua redução. Também será abordado o posicionamento dos tribunais pátrios sobre o assunto.

## 2 INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de família é ramo do direito privado que surgiu com a necessidade de o Estado interferir dentro do núcleo familiar, a fim de proteger a família das atitudes de terceiros assim como de seus próprios membros. É baseado no papel de cada integrante da família, é um conjunto de direitos e deveres, que juntos servem para assegurar que a mesma possa existir de uma forma harmoniosa.

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo (GONÇALVES, 2014, p. 17).

É um ramo do direito que exige muita compreensão para entender as diferenças entre uma família e outra, e absorver as mudanças sociais diárias.

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir uma nova família pelo casamento ou pela união estável (GONÇALVES, 2014, p. 17).

O direito de família é o ramo do direito que, penetrando no núcleo de cada família garante a dignidade de cada integrante individualmente, assegurando os direitos de todos os envolvidos.

Este ramo do direito busca constantemente a realização de cada indivíduo no contexto familiar em que o mesmo se encontra inserido, assim o direito de família é a tentativa do Estado de garantir a realização pessoal dos cidadãos.

### 2.1 Conceito de família na sociedade atual

Antigamente, antes da Constituição de 1988, a definição de família era a de um casal unido pelo matrimônio que juntamente com seus filhos formavam uma família, hoje em dia o conceito de família é muito mais amplo, abrangendo diversos arranjos familiares que antes não existiam ou não eram reconhecidos como tais no

nosso ordenamento jurídico.

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação (DIAS, 2013, p. 42).

A sociedade começa a entender a família como algo muito mais amplo do que era aceito anteriormente, e a família passa a ser mais caracterizada por seu elo emocional do que por um elo jurídico.

Hoje quando abordamos o conceito de família não se têm em mente mais a figura de um chefe, com o dever de prover e administrar e de uma instituição com a finalidade de se multiplicar. Quando se pensa em uma instituição familiar hoje a imaginamos com base em sentimentos e valores como o amor, o carinho, o afeto e a dedicação mútuos.

A doutrina ainda define espécies de família como: família matrimonial, decorrente do casamento; família informal, decorrente da união estável; família monoparental, constituída por um dos genitores com seus filhos; família anaparental, constituída somente pelos filhos; família homoafetiva, formada por pessoas do mesmo sexo; e família eudemonista, caracterizada pelo vínculo afetivo (GONÇALVES, 2014, p. 35).

Não é uma tarefa fácil elaborar um conceito de família que englobe todas as mudanças que este instituto sofreu ao longo dos anos, para Pereira (2003, p. 151), "a família é o primeiro agente socializador do ser humano". Em um sentido geral, família é um agrupamento de pessoas que se unem por um laço de afeto ou de sangue, buscando viverem em um grupo harmonioso.

Segundo Gama (1993) citado por Dias (2013, p. 42), "as relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe". Completa ainda Dias (2013, p. 42), "e tornou-se necessário identificar como família também as relações que se constituem sem o selo do casamento".

Então família é toda a união de pessoas que se unem tanto em volta de um vínculo de sangue, quanto pelo casamento, ou pelo afeto; sejam elas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, com ou sem filhos, que com o intuito de viverem harmoniosamente uns com os outros, em volta de um sentimento de afeto, formam uma família.

## 2.2 Princípios aplicáveis ao direito de família

Os princípios são alicerces no ordenamento jurídico. É neles que as normas devem se apoiar, por isso são muito importantes no estudo do direito, eles trazem garantias muito importantes para todas as pessoas, por isso será apresentado os aspectos mais importantes dos principais princípios aplicáveis ao direito de família.

Segundo Dias (2011, p. 61), “É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”.

Também sobre princípios dispõe Silva ([201-], fmr.edu.br) que:

os princípios do direito de família têm como fonte essencial, a nossa Carta Maior de 1988, sendo que por vezes até são chamados de princípios constitucionais, vez que, advindos com base em nossa carta maior garantidora de nossos direitos fundamentais.

Sobre princípios sustenta Nader (2004, p. 92), que princípios: “são enunciados que se reputam verdadeiros e constituem a causa primeira, a filosofia, os fundamentos de uma cultura ou de fenômenos naturais”.

Importante também a lição de Gonçalves (2014, p. 21):

o Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.

Lôbo (2010, p. 52), se refere aos princípios da seguinte forma:

como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão freqüente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.

São dos princípios que se forma todo e qualquer direito, eles podem ser considerados o começo, o ponto de partida de todas as garantias. Assim, estão os princípios sempre enlaçados diretamente as normas existentes.

Neste sentido segundo Pereira (2007, p. 56), “os princípios vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito”. Aduz Marques (2009, p. 36), sobre princípios:

portanto, o princípio é visto como fonte primária de aplicação do direito, ao lado da lei, devendo ser considerado norma jurídica, de vinculação obrigatória, no mesmo plano das regras jurídicas (normas-disposições ou normas-preceitos). (Grifos no original).

Segundo Lôbo (2010), os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. “Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas” (LOBO, 2010, p. 52).

Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional. (SILVA, 2008, p. 92). (Grifado no original).

A abordagem principiológica, sua compreensão e aplicação no cotidiano das relações de direito de família, por sua repercussão e pelos evidentes reflexos, está inserida nas ações manejadas por pais e filhos, quando da dissolução do casamento e, especialmente, nas discussões sobre as modalidades de guarda, de visitação e em todas as relações familiares.

### **2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Não se pode abordar os princípios aplicáveis ao direito de família, sem vir a mente o princípio da dignidade da pessoa humana, que é quem sabe o mais discutido e usado princípio do direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º inciso III da Constituição Federal, demonstrando a preocupação do legislador com os direitos humanos; este princípio é muito importante porque funciona como base para tudo no

direito e dele surgem todos os outros princípios. Afirma Silva ([201-], fmr.edu.br):

assim, nesse sentido vale mencionar que a dignidade humana entre os membros da entidade familiar, passou a ser observada após a Constituição Federal de 1988, sendo que antes disto embora discussões acerca do tema de nada tinha valia. Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana é a base para que haja boa convivência entre os membros da entidade familiar; pois, com base nesse princípio que adveio os demais princípios do direito de família, há que se ressaltar que o respeito à dignidade humana é à base de nossos direitos, vez que, dizer que vivemos dignamente é dizer que cada um está obedecendo a seus limites a fim de proporcionar uma boa relação familiar.

No direito de família, por exemplo, toda e qualquer proteção advém da proteção individual da dignidade dos membros da família, pois no âmbito da dignidade de cada pessoa é possível se dizer que não seria digno tratar de forma diferente um filho havido fora do casamento por exemplo.

Tartuce, e Simão (2012, p. 06, grifado no original), definem o princípio da dignidade da pessoa humana no sentido de que ele “trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*”. Dias descreve o princípio da dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional** (DIAS, 2011 p. 62). (Grifado no original).

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 76), defendem que o princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo, mais do que garantir a simples *sobrevivência*, “este princípio assegura o *direito de se viver plenamente* sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização desta finalidade”.

Então o princípio da dignidade da pessoa humana é o que procura garantir a realização de cada um dentro da sua família, ele busca o direito de bem estar de todo o indivíduo onde o mesmo encontra-se inserido.

### 2.2.2 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros

Previsto no art. 226 §5º da Constituição Federal, o princípio da igualdade

jurídica dos cônjuges e companheiros é muito importante, pois ele estabelece a igualdade entre o homem e a mulher, acabando com a ideia de que o homem é o chefe/dono da família e responsável pelo comando da família e a função da mulher é única e exclusivamente a realização dos afazeres domésticos e a obediência ao marido. Assim assevera Dias (2011, p. 65):

não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5.º): *todos são iguais perante a lei*. E foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que **homens e mulheres** são iguais em direitos e obrigações (CF 5.º), destacando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º). Assim, é a carta constitucional a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias. (Grifado no original).

Importante a observação de Gonçalves (2014, p. 23), que explica que “o dever de prover à manutenção da família deixou de ser apenas um encargo do marido, incumbindo também a mulher, de acordo com as possibilidades de cada qual”.

Hoje tanto homens como mulheres tem direitos iguais, devendo ambos, contribuírem com o sustento e manutenção da família o que ganha cada vez mais força com o crescimento da mulher no mercado de trabalho.

Neste sentido Gonçalves (2014, p. 23) sinaliza que:

o patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

Dispõe também acerca deste princípio, Silva ([201-], fmr.edu.br):

assim, ressalta-se o princípio da igualdade já consagrado na Constituição Federal e bem recepcionado pelo Código Civil, garantindo aos membros da família, igualdade de direitos e deveres, sendo que tanto a mulher como o homem tem igual direito de direção da família.

O Código Civil de 1916 tratava sobre os direitos e deveres do marido e da mulher em capítulos diferentes por causa das distinções que fazia e das diferenças que estabelecia entre homem e mulher; hoje o Código Civil de 2002 traz apenas os direitos de ambos os cônjuges afastando as diferenças antes estabelecidas, e tratando a mulher com o respeito merecido, reconhecendo sua importância na

sociedade e na instituição familiar.

Avançando um pouco mais, podemos reconhecer a incidência do princípio da igualdade na própria *guarda compartilhada*, modalidade especial de arranjo em que pai e mãe, sem cunho de unilateralidade ou prevalência, exercem simultaneamente os direitos e deveres decorrentes e inerentes ao poder familiar, corresponsabilizando-se pelo seu filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 83). (Grifado no original).

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros também é visto na adoção do regime de guarda compartilhada, pois esta modalidade de guarda faz valer a igualdade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

### 2.2.3 Princípio da igualdade jurídica dos filhos

O Código Civil de 1916 distinguia os filhos tratando-os de maneira desigual, hoje com a vigência do Código Civil de 2002 são todos simplesmente filhos sem distinções entre adotivos, filhos de sangue, filhos de pais casados, ou filhos de pais divorciados, filhos havidos fora do casamento, e etc.

Está proibida a distinção ou discriminação, ou qualquer anotação no assento de nascimento da criança referente à filiação. Neste sentido destaca Gonçalves (2014, p. 24):

o princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Dias também trata deste princípio ao falar de direito de família,

a supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de **filiação**, ao ser proibida qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6.º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais (DIAS, 2011 p. 65). (Grifado no original).

Este princípio tem previsão no art. 227, § 6º da Constituição Federal e estabelece a igualdade total dos filhos, acabando com a distinção que era feita anteriormente.

## 2.2.4 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Princípio previsto no art. 226 §7º da Constituição Federal, ele prevê a liberdade de o casal decidir sobre seu planejamento familiar, da forma que melhor acharem, proibindo qualquer coerção por parte do estado ou de qualquer pessoa ou instituição, o referido artigo também prevê o direito dos casais de obterem do estado o necessário para tal planejamento, e dispõe como dever do estado fornecer os recursos tanto educacionais como científicos para que esse direito possa ser exercido por todos.

Gonçalves (2014, p. 24), ao tratar do princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar realça da seguinte maneira:

essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges, ou companheiros. A Lei n. 9.253/96 regulamentou o assunto, especialmente no tocante à responsabilidade do Poder Público. O Código Civil de 2002, no art. 1.565, traçou algumas diretrizes, proclamando que “*o planejamento familiar é de livre decisão do casal*” e que é “*vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas ou privadas*”. (Grifado no original).

Dias traz este princípio inserido no princípio da igualdade mencionando da seguinte maneira:

também em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o **planejamento familiar** (CC 1.565 §2.º e CF 226 § 7.º), sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. É limitada a interferência do Estado, que deve propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício deste direito (DIAS, 2013, p. 65) (grifado no original).

Silva dispõe sobre planejamento familiar da seguinte forma,

e o planejamento familiar compreende não só decidir sobre o número de filhos, mas também quanto a aumentar o intervalo entre as gestações, e utiliza-se das técnicas de reprodução assistida como último recurso à procriação, não praticando a seleção de embriões com finalidades eugênicas para escolha de atributos físicos, bem como para suprimir a filiação por meio da monoparentalidade, dentre outros (SILVA, 2012, jurisway.org.br).

Esta demonstrada em tal princípio mais uma vez a evolução histórica das famílias, antigamente o principal objetivo de se constituir família era procriar e se multiplicar, hoje este conceito já não é mais o mesmo.

Inúmeras famílias optam por um número reduzido de filhos ou até mesmo

nenhum, o que não se via antigamente; no período colonial por exemplo, quanto mais filhos um casal tivesse mais mão de obra teriam assim como menor o risco de ficarem sozinhos na velhice.

### **2.2.5 Princípio da comunhão plena de vida**

O artigo 1.511 do Código Civil prevê que com base na igualdade de direitos e deveres, o casamento é uma comunhão plena de vida, este princípio é relacionado mais com a parte subjetiva e espiritual do casamento, com a realização que a convivência do casamento proporciona, com a realização pessoal que o casamento deve proporcionar a cada um dos cônjuges; o afeto e a felicidade como a aliança que une o casal.

Priorizada, assim, a convivência familiar, ora nos deparamos com o grupo fundado no casamento ou no companheirismo, ora com a família monoparental sujeita aos mesmos deveres e tendo os mesmos direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente outorgou, ainda, direitos à família substituta. Os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais. (GONÇALVES, 2014, p. 24).

Neste sentido também assegura Silva (2012, [jurisway.org.br](http://jurisway.org.br)),

a família é raiz e base de uma sociedade, historicamente este conceito foi se erigindo em todos os ordenamentos jurídicos existentes. Na ainda hoje o conceito família persiste no conceito de célula mãe e amplamente protegido pelo direito. Ao conceituar a família como comunhão plena de vida, o legislador adotou a moderna concepção tendente a valorizar as relações intrínsecas, relativas aos papéis de estado de filho, de pai, de mãe etc., e não apenas as relações extrínsecas da família, esta vista apenas sob o enfoque de seu papel social de célula mãe da sociedade.

Assim o divórcio seria uma consequência do rompimento desse afeto, seria produto do término da sensação de realização pessoal, que antes era sentida pelos indivíduos no casamento.

### **2.2.6 Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar**

Este princípio tem por base a liberdade de escolha, a liberdade de o casal optar pelo casamento ou pela união estável, pelo regime de bens que melhor lhes convir, pelo planejamento familiar, pela educação dos filhos, pela religião da família.

Neste sentido aduz Silva (2012, jurisway.org.br):

este princípio está relacionado à liberdade de o casal constituir uma família. O termo casal tradicional nos leva a pensar a família tradicional formada pelo homem e pela mulher. Contudo, como visto nos princípios constitucionais do direito de família anteriores este conceito está para muito além do conceito antigo de família como célula mater da sociedade. Hoje o conceito de família também está ligado ao fator social, assim podemos entender que a família de hoje e sua liberdade de constituição se estende aos homoafetivos, mães e pais solteiros, etc.

Este princípio também possibilita abrigar no direito de família, espécies de família não abrangidas pelo selo do casamento, que antes não eram reconhecidas, e agora encontram amparo no direito de família atual, assim se mostra importante a maneira como aborda Dias (2011, p. 67):

como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no **direito obrigacional**, sendo tratadas como **sociedades de fato**. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões estáveis paralelas – preconceituosamente nominadas de “concubinato adúltero” -, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias. (Grifado no original).

Desta forma também discorre Gonçalves (2014, p. 25):

A aludida Carta Magna alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento, “calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade da existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação”. (Grifado no original).

É o princípio que representa o livre arbítrio, e determina o respeito por parte do estado das escolhas tomadas, apenas permitindo a interferência do estado nos casos em que tal liberdade traga prejuízo a alguma das partes, ou venha a ferir a algum outro princípio.

### 2.2.7 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade representa o lado sensível do direito, ele garante o reconhecimento da união estável como entidade familiar, apesar de não serem

seladas pelo casamento, garante também a igualdade dos filhos adotivos e legítimos, chamando todos apenas de filhos, demonstrando assim sua igualdade no âmbito jurídico, o direito à convivência familiar para a criança e o adolescente, no divórcio fala-se primeiro das questões pessoais e só depois se discute os aspectos patrimoniais (DIAS, 2013).

Outrossim, entende-se que o princípio da afetividade deve reger todas as relações familiares, haja vista o conceito atual de família não mais se restringir à filiação biológica, dando, pois, lugar à filiação sócio-afetiva, que é aquela caracterizada essencialmente pelo afeto existente entre pai e filho (SOBRAL, conteúdojuridico.com.br).

Muito importante a afirmação de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 94), a respeito do princípio da afetividade ao dizerem que:

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial – mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva -, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros.

Tem-se com este princípio a certeza de que o valor por trás de uma família é impossível de ser comprado ou calculado. “Afeto e amor com todos os seus elementos constitutivos não podem ser traduzidos em cálculos monetários”. (RODRIGUES, 2013, jus.com.br).

Também pode-se extrair deste princípio que uma família não pode ser imposta, seja pelo Estado ou pela sociedade, ela é construída com base em sentimentos.

O Estado pode reconhecer o afeto como elemento central da família, mas não pode impô-lo; pode criar condições (educacionais, informativas, científicas etc.) para manter íntegros os laços afetivos dentro da família, mas não pode ser o tutor exógeno da expansão desse princípio. É, enfim, o indispensável guardião e uma agência auxiliadora, não o implacável interventor ou o substituto necessário (RODRIGUES, 2013, jus.com.br).

É o princípio que busca garantir uma essência a entidade familiar, busca um sentimento por trás da definição de família. Como o atual conceito de família iria muito além de um laço de sangue ou matrimonial, o princípio da afetividade seria o laço por trás de uma instituição familiar.

### 2.2.8 Princípio do melhor interesse da criança

Com este princípio temos a preocupação do estado em garantir sempre a proteção da criança, que é a parte mais frágil envolvida muitas vezes em um processo como o divórcio, ou uma discussão de guarda; “o que significa dizer que os interesses dos pais são sempre colocados em plano secundário”, conforme refere Marques (2009, p. 40).

Pode-se extrair este entendimento também quando Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 100) afirmam que: “os filhos menores – crianças e adolescentes – gozam no seio da família, por determinação constitucional (art. 227 CF), de *plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento*”. (Grifado no original).

Este princípio não envolve apenas as relações entre pais e filhos, mas envolve também avós e netos, tios e sobrinhos, pois o princípio do melhor interesse da criança também garante a ela a convivência com aqueles a quem ela tem afeto, buscando com isso evitar que a criança seja bruscamente tirada de seu círculo afetivo.

Na guarda unilateral é direito tanto da criança como dos pais a convivência com o pai ou a mãe que não tiver a sua guarda, assim como a sua convivência com os avós, tios ou primos a quem tenha um vínculo de carinho e afeto.

Destarte, percebe-se que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente possui *status* de direito fundamental, e, assim sendo, deve ser necessariamente observado pela sociedade como um todo, incluindo-se aí o Estado, os pais, a família, os magistrados, os professores, enfim, as pessoas em geral (SOBRAL, 2010, ambito-juridico.com.br).

Assim, extrai-se do princípio do melhor interesse da criança, o entendimento de que o comprometimento com as crianças é de toda a sociedade e cabe a todos a busca da proteção de seus interesses.

Analisando os princípios um a um tem-se uma melhor percepção do papel que eles desenvolvem no ordenamento jurídico, a partir deles são criadas normas garantidoras de direitos muito importantes para todos, e somente com base neles é que o direito consegue alcançar a todas as pessoas. Os princípios envolvem o direito de família em uma busca constante pela inclusão e realização de todos.

A partir do entendimento do conceito de direito de família e dos princípios pode-se absorver de maneira mais clara o papel que os princípios desenvolvem no

direito de família, assim como na guarda compartilhada, mas antes de falarmos sobre a guarda compartilhada é importante também o entendimento do instituto do divórcio, o que será abordado no capítulo a seguir.

### **3 A HISTÓRIA DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SUA ABORDAGEM ATUAL**

A dissolução do vínculo conjugal aceito em muitas comunidades antigas como a Grécia e Roma, e previsto em muitos códigos antigos como o velho testamento do povo hebreu e o código de Hamurábi, no Brasil demorou muito para ser instituído pela forte oposição da Igreja Católica.

A emenda constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977 foi o primeiro dispositivo a instituir a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal que seria regulamentado por lei ordinária. Esta emenda constitucional deu nova redação ao § 1º do art. 175 da constituição de 1969, suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e estabelecendo os parâmetros da dissolução (GONÇALVES, 2014).

O casamento civil foi instituído no Brasil em 1890 a partir de um decreto, o decreto nº 181 que previa uma espécie dissolução do casamento, mas esta dissolução era apenas de separação de corpos, não rompendo o vínculo matrimonial. O Código Civil de 1916 só permitia o término da sociedade conjugal pelo desquite, que poderia ser amigável ou judicial, mas a sentença autorizava apenas a separação dos cônjuges, pondo fim ao regime de bens mas não ao vínculo matrimonial (CAHALI, 2011).

Só em 1977 com a lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 é que foi permitido no Brasil o divórcio à vínculo, que permite ao divorciado se casar novamente pois dissolve o vínculo existente; o divórcio previsto nesta referida lei tinha a modalidade de conversão e funcionava da seguinte maneira, o casal precisava se separar judicialmente e depois de separado precisava esperar que transcorresse o período de três anos para só então fazer a conversão da separação em divórcio; era previsto ainda no art. 40 das disposições transitórias o divórcio direto, mas este só podia ser requerido pelos casais que já estavam separados de fato à mais de cinco anos em 28 de junho de 1977 (CAHALI, 2011).

Com a Constituição Federal de 1988 o prazo para requerer a conversão da separação em divórcio foi diminuído para um ano, e juntamente com esta modificação veio também a possibilidade do divórcio direto, mas desde que ficasse comprovada a separação de fato do casal por mais de dois anos.

O Código Civil de 2002 ao tratar sobre o divórcio o condiciona a prévia

separação judicial ou de fato, segundo Machado (2010, professorcostamachado.com), “com o surgimento do Código Civil/2002, os arts.1571 a 1582 passaram a disciplinar inteiramente a “dissolução da sociedade e do vínculo conjugal”, ficando superada a Lei do Divórcio”.

### **3.1 A Emenda Constitucional nº 66/2010 e as modificações trazidas**

O projeto de emenda constitucional, que foi mais conhecido como a “PEC do Divórcio” elaborada pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, converteu-se na Emenda Constitucional nº 66/2010.

Em 13 de julho de 2010 foi promulgada pelo Congresso Nacional e publicada no *Diário Oficial da União* no dia seguinte a denominada “PEC do Divórcio”, elaborada pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e encampada primeiramente pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia (413/2005) e depois pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (33/2007), convertendo-se na Emenda Constitucional n. 66/2010. (GONÇALVES, 2014, p. 282). (Grifado no original).

A Emenda Constitucional nº66 de 2010 introduziu algumas mudanças sendo uma delas a nova redação do art. 226 § 6º da Constituição Federal que passou a ter o seguinte teor: “*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”, assim, acaba-se eliminando o requisito da separação judicial por mais de um ano ou a comprovação da separação de fato por mais de dois anos, o que antes era exigido para o casal requerer o divórcio, então chega ao fim a separação judicial, restando apenas o divórcio como forma de dissolução do matrimônio este também mais simples sem a exigência de tempo mínimo de separação para ser requerido.

Em razão da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010, foram excluídos os incisos I, que dispunha sobre a comprovação da separação de fato, e III, relativo a produção de prova testemunhal e audiência de ratificação, porque incompatíveis com a supressão das causas subjetivas e objetivas decorrentes da nova redação conferida ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal (GONÇALVES, 2014, p. 286).

Com a nova modalidade de divórcio não sendo necessária a prévia separação evita-se também a duplicidade de processos, o que acaba acarretando menos gastos para o casal em processo de divórcio e conseqüentemente menos processos no judiciário, já que agora se analisa em um único processo o que antes precisava

ser analisado em dois.

Em 2010, com a promulgação da “PEC do amor” (ou “PEC do Divórcio”), a separação judicial deixou de ser contemplada na constituição.

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

Trata-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 43). (Grifado no original).

Com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 não é apenas o instituto da separação judicial que desaparece como também toda a legislação que a regulava. Inúmeros artigos foram tacitamente revogados, como o art. 1.571, inciso III onde se fala da separação, e os artigos 1.572 ao 1.578, ambos do Código Civil. O art. 1.580 do referido código também ficou sem função, pois sem a separação não existe conversão da separação em divórcio, deixando então também de existir o chamado divórcio indireto.

Para que seja concedido o divórcio não há a necessidade de que haja a partilha dos bens segundo a súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça e art. 1.581 do Código Civil; mas o inciso III do art. 1.523, no capítulo IV que fala das causas suspensivas, visando proteger as partes que possam ser prejudicadas traz a seguinte redação: “III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”.

O divórcio existente no Brasil não traz nenhuma discussão sobre a culpa, nem punição para quem requerer o divórcio. A competência para requerer o divórcio está disciplinada no art. 1.582 do Código Civil que “somente competirá aos cônjuges”, mas o seu parágrafo único abre exceção para o caso de incapacidade onde o curador ascendente ou irmão poderá propor a ação.

### **3.2 As modalidades de divórcio e sua aplicabilidade**

Existem atualmente duas espécies de divórcio, o divórcio extrajudicial que deve sempre ser consensual e o divórcio judicial que pode também ser consensual ou pode ser litigioso.

Não remanescem, no ordenamento jurídico, as expressões “divórcio direto” e “divórcio indireto”, uma vez que todo divórcio passou a ser direto, com a extinção da separação (judicial ou extrajudicial).

Em verdade, até mesmo a utilização da expressão “divórcio direto”, de certa forma, na atualidade, soa redundante, por não mais remanescer a tipologia do antigo divórcio indireto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 64). (Grifado no original).

Será apresentada cada modalidade de divórcio de maneira individual, aprofundando o estudo das espécies de divórcio citadas, para uma melhor compreensão de cada modalidade possibilitando assim o entendimento de suas principais diferenças.

### **3.2.1 O divórcio judicial e suas espécies**

O divórcio judicial pode ser consensual ou litigioso, para poder ser feito o divórcio pela forma extrajudicial é necessário além de que ele seja consensual, que o casal não tenha filhos menores ou incapazes.

Segundo a atual legislação quando em um processo de divórcio existem filhos menores ou incapazes é necessário que este divórcio seja feito na esfera judicial, cabe, porém, ressaltar que este não é um entendimento pacífico na doutrina.

A modalidade de divórcio judicial litigioso não discute culpa nem a aceitação ou não pelas partes do divórcio, ele discute sim os efeitos do divórcio. O divórcio judicial litigioso na sua grande maioria gira em torno de discordâncias do casal quanto aos efeitos jurídicos do divórcio como a divisão dos bens do casal, o uso do nome, e principalmente a guarda dos filhos e alimentos.

Em relação aos nomes com o fim da discussão da culpa no divórcio em regra os divorciados voltam a usar o nome de solteiro, mas nada impede que se opte por continuar a ser usado o nome de casado quando a troca para o nome de solteiro for menos favorável conforme dispõe os artigos 1.571 parágrafo 2º e 1.578 incisos I a III do Código Civil.

A atuação judicial em divórcio litigioso será para as hipóteses em que os divorciandos não se acertam quanto aos efeitos jurídicos da separação, qual seja, a título exemplificativo, a guarda dos filhos, alimentos, uso do nome e divisão do patrimônio familiar.

É claro que, realizando audiência, o Juiz também terá a oportunidade de certificar a manifestação da vontade das partes, valendo-se, também, da idéia de conservação da família para verificar se não há a possibilidade de reconciliação.

Fora tais questões, qualquer outra discussão sobre culpa no término da relação conjugal está fora dos limites da lide (GAGLIANO; PAMPLONA

FILHO, 2010 p. 89).

Quando os cônjuges de comum acordo decidem por fim ao casamento e existem filhos menores ou incapazes precisam recorrer a forma judicial consensual, pois o fato de existirem filhos menores ou incapazes é impeditivo de se proceder o divórcio extrajudicial. Mas, mesmo inexistindo filhos menores ou incapazes, não se pode impedir o uso da via judicial, pois seria uma afronta ao princípio constitucional que assegura o acesso a justiça (DIAS, 2013).

### **3.2.2 O divórcio extrajudicial e seu processo simplificado como alternativa**

Em busca de uma desburocratização e atendendo aos apelos da sociedade a Lei n. 11.441, de 04 de Janeiro de 2007 disciplinou a possibilidade de se resolver de maneira extrajudicial por meio de escritura pública atos jurídicos em que não há litígio, como o divórcio consensual.

Esta lei acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 1.124 – A, que disciplina o divórcio extrajudicial e impõe como requisito para o divórcio ser feito de maneira extrajudicial apenas o fato de o casal não ter filhos menores ou incapazes.

O artigo possibilita ainda que seja determinado na escritura em que for feito o divórcio a descrição dos bens do casal e a partilha dos mesmos, a pensão alimentícia, e o nome dos cônjuges, se permanece o nome adotado a partir do casamento ou se usará novamente o nome de solteiro, isto nos casos em que houve mudança de nome em virtude do casamento.

Na separação consensual, o cônjuge decide livremente a respeito do uso do sobrenome do outro. A omissão no acordo sobre essa questão não deve ser interpretada como renúncia, pois tem ele o direito de continuar a usar o nome do ex-consorte (GONÇALVES, 2014, p. 276).

Este artigo dispõe ainda em seu parágrafo primeiro que “a escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis”.

Estabelece ainda o parágrafo segundo que é necessária para a lavratura da escritura que esteja presente um advogado, que pode ser comum aos contratantes ou cada contratante poderá vir assistido de seu advogado, ou ainda um defensor público, e na escritura constará a qualificação e assinatura do advogado ou dos

advogados que estiverem presentes.

As partes precisam ser assistidas por **advogado** ou por **defensor público**, sendo que o mesmo profissional pode representar a ambos. Como foi dispensada a presença do magistrado e a intervenção do Ministério Público, a responsabilidade do advogado redobra. Comparecendo todos ao tabelionato, não há necessidade de apresentação de instrumento de procuração, bastando que todos firmem a escritura: partes e advogados. O acompanhamento cabe ser feito pela Defensoria Pública quando as partes se declararem pobres. Nessa hipótese, os atos notariais serão **gratuitos** (CPC 1.124 – A § 3.º). A gratuidade alcança também os atos registrais junto aos registros civil e imobiliário (DIAS, 2013, p. 327). (Grifado no original).

O divórcio extrajudicial se mostra assim bem menos oneroso, e com muito menos burocracia, e é de extrema importância, porque além de trazer mais rapidez ao divórcio ainda colabora com o judiciário, já com tantos processos em andamento.

É um procedimento simplificado, que não envolve o judiciário por este fato pode ser aplicado apenas em determinados casos, mas quando aplicado torna simples e célere um procedimento que pela via judicial seria bem mais lento e burocrático.

### 3.3 O poder familiar e seu exercício

O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, devendo os pais exercê-lo tendo sempre em mente o melhor interesse da criança.

É o dever dos pais em relação as necessidades dos filhos, não basta que os pais apenas alimentem seus filhos é necessário que eles sejam educados, criados e amparados, que seus bens sejam administrados, e que eles sejam representados enquanto menores.

No então poder jurídico atribuído aos pais, de matriz autoritário, em face da realidade social e das normas vigentes enfatizam-se deveres jurídicos, passando assim o poder familiar a configurar um “dever-poder”, que tem por função o melhor interesse dos filhos (LEVY, 2008, p. 18). (Grifado no original).

Antigamente, na época do direito romano, este poder visava atender apenas os interesses do chefe da família, era realmente um poder perante a família, o que hoje não mais acontece, hoje o poder familiar é muito mais um dever dos pais em

relação aos filhos, que dependem dos pais para representá-los em muitas circunstâncias perante a sociedade e a justiça.

O poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. No aludido direito denominava-se *patria potestas* e visava tão somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Este tinha o *jus vitae et necis*, ou seja, o direito sobre a vida e a morte do filho. Com o decorrer do tempo restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família, que não podia mais expor o filho (*jus exponendi*), matá-lo (*jus vitae et necis*) ou entregá-lo como indenização (*noxae deditio*) (GONÇALVES, 2014, p. 418). (Grifado no original).

Pode-se caracterizar hoje o poder familiar como um direito dos filhos e um dever dos pais, é amparado pelo princípio da paternidade responsável, é irrenunciável e indelegável, cessando somente quando os filhos atingirem a maioridade civil ou se forem emancipados observados os requisitos legais.

O poder familiar é, por sua natureza, um complexo de direitos e deveres intransferível, irrenunciável, imprescritível e indisponível, não podendo ser objeto de simples abandono ou transferência, salvo neste último caso, por determinação judicial, haja vista a garantia constitucional do direito à convivência familiar conferido às crianças e aos adolescentes, que deve ser respeitado, tanto pelo Estado, quanto pela família em que esteja inserida o titular do referido direito (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 36).

Ele deve ser exercido em conjunto pelo pai e pela mãe, pois ambos tem os mesmos direitos em relação ao filho, garantido nos casos em que não chegarem a um consenso, que recorram ao judiciário para a melhor solução do conflito. Artigo 21 da Lei 8.069 (ECA).

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

O Código Civil também dispõe sobre o exercício em conjunto dos pais em relação ao poder familiar.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

O divórcio ou a dissolução de União estável não modifica o poder familiar que continua sendo exercido por ambos os pais em relação aos seus filhos, o que muda é quanto à guarda que é deferida a um deles, o poder familiar é dividido entre os pais.

O pai ou mãe que tem a guarda do filho, exercerá o poder familiar na grande maioria das vezes, enquanto o outro terá este poder reduzido e a ele caberá fiscalizar se a manutenção e a educação do filho está sendo feita corretamente, tendo também o direito de visitas (GONÇALVES, 2014).

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

O artigo 1.634 do Código Civil disciplina o exercício do poder familiar, enumerando alguns dos direitos e deveres dos pais com relação aos filhos, direitos e deveres estes indispensáveis para garantir o cumprimento daqueles expressos na Constituição Federal como no artigo 227:

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.

No mesmo sentido dispõe também o artigo 229 da CF, “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”. Então para que estes direitos sejam garantidos é indispensável o cumprimento do artigo 1.634 do Código Civil.

Compete aos pais formar os filhos para a vida, tornando-os pessoas capazes de gerir sua própria vida e fazer parte da sociedade, o descumprimento do dever de promover aos filhos a educação primária caracteriza o crime de abandono intelectual (CP art. 246), o dever de fornecer educação é muito mais amplo do que fornecer apenas a formação escolar, esta educação deve ser principalmente moral, ensinando a distinguir o certo do errado, já o dever de criação quando não for cumprido caracteriza abandono material (CP art. 244), e o pai ou mãe que o cometer pode até perder o poder familiar (C.C. art. 1.638 II). Compete também aos pais ter

os filhos consigo quando for seu direito e entregar ao outro quando for direito do outro tê-lo em sua companhia, não deixando o filho em lugar incerto ou inapto para sua idade e não confiando sua guarda a pessoa inidônia o que configuraria também crime (CP, Art. 245) (GONÇALVES, 2014)

Para viajar ao exterior os menores necessitam estar acompanhados e precisam da autorização dos pais, se viajarem com o pai ou a mãe necessitam da autorização do outro, e se viajarem com terceiro necessitam da autorização de ambos os pais, a concessão de autorização para viagem ao exterior de crianças e adolescentes brasileiros é disciplinada pela Resolução nº 131 de 26 de maio de 2011 (GONÇALVES, 2014).

Cabe também aos pais a administração e usufruto dos bens de seus filhos, isto significa que enquanto os filhos forem menores, é dever dos pais a administração dos bens dos filhos devendo sempre zelar pela manutenção do patrimônio evitando que ele se perca ou deteriore. Sempre que discordarem entre si de qual a melhor maneira de administrar estes bens devem recorrer ao judiciário para a melhor solução do conflito.

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Pertencem aos pais, o usufruto assim como também as rendas, dos bens dos filhos menores que podem ser usadas para o sustento, educação e lazer (CC art. 1.1689 I).

No exercício do múnus que lhes é imposto, os pais devem zelar pela preservação do patrimônio que administram, não podendo praticar atos dos quais possa resultar uma diminuição patrimonial. Para alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis dos filhos menores precisam obter *autorização judicial*, mediante demonstração da "*necessidade ou evidente interesse da prole*" (art. 1.691) (GONÇALVES, 2014, p. 424). (Grifos no original).

O poder familiar pode ser extinto ou suspenso, sempre visando o melhor interesse da criança ou adolescente. As causas de suspensão estão elencadas no artigo 1.637.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

As causas de extinção do poder familiar estão previstas no Código Civil em seu art. 1.635 e são elas: *morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial na forma do art. 1.638.*

A morte dos pais ou do filho, a emancipação e a maioridade extinguem de uma forma natural o poder familiar, já a adoção extingue o poder familiar apenas para os pais naturais e transfere este poder para o adotante que é quem passa a exercê-lo, já a extinção por decisão judicial na forma do art. 1.638 acontece para os pais que derem causa a extinção do poder familiar praticando os atos previstos no referido artigo.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A suspensão ou perda do poder familiar por um dos pais, faz com que o outro exerça este poder sozinho, mas se nenhum dos pais está apto para tal exercício é nomeado um tutor para o menor.

### **3.4 A guarda dos filhos no divórcio dos pais**

No momento do divórcio uma das questões que mais traz desentendimentos é a guarda dos filhos, o Código Civil trata do artigo 1.583 ao 1.590, sobre a proteção da pessoa dos filhos, buscando a proteção dos interesses dos filhos menores e dos incapazes após o divórcio.

O artigo 1.583 do Código Civil disciplina as espécies de guarda que podem ser unilateral ou compartilhada.

A guarda pode ser exercida de maneira exclusiva por um dos genitores, em decorrência de titularidade exclusiva do poder familiar, como, por exemplo, na falta de reconhecimento da paternidade, nas hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar, ou no caso de co-titularidade do poder familiar

e fracionamento do exercício do poder familiar, em razão da ausência ou da ruptura do relacionamento conjugal dos genitores, por meio de acordo ou decisão judicial atribuidor de exercício da guarda a somente um dos genitores (LEVY, 2008, p. 53-54).

A guarda unilateral é a atribuída a um só dos genitores ou a um terceiro quando os pais não tiverem as condições necessárias ou quando melhor convier a criança; a guarda unilateral é deferida ao genitor que tiver melhores condições para exercê-la, sempre que possível deve ser levado em conta a vontade da criança, analisando os aspectos de afinidade e afetividade.

Em princípio, a guarda dos filhos constitui direito natural dos genitores. Verificado, porém, que não devem eles permanecer em poder da mãe ou do pai, o juiz deferirá a sua guarda preferencialmente a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, “que revele compatibilidade” com a natureza da medida, levando em conta a “relação de afinidade e afetividade” com os infantes (CC, art.1.584, §5º, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008) (GONÇALVES, 2014, p. 292). (Grifado no original).

O deferimento da guarda unilateral a um dos pais garante ao outro o direito de visitas, se estendendo este direito também aos avós, garantindo sempre o melhor interesse do menor.

Art. 1.589. O pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Na guarda unilateral o fato de a guarda ser deferida ao outro genitor não afasta a responsabilidade daquele que não a detenha de zelar pelos interesses do filho, supervisionando e sempre que necessário exigindo informações sobre os assuntos relevantes aos interesses do menor.

Estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado “abandono moral” (GONÇALVES, 2014, p. 294). (Grifado no original)

Vale ressaltar também que novo casamento por si só não constitui motivo para uma troca de guardião, nem impedimento para visitas.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

A guarda unilateral apesar de ser a mais adotada, tem uma grande desvantagem que é o fato de que ela priva tanto a criança da companhia de um dos pais, como também priva o pai ou mãe da companhia do filho, o que muitas vezes transforma o processo de divórcio em uma disputa cansativa que sobrecarrega emocionalmente tanto os pais quanto os filhos. Gonçalves (2014, p. 294), ao discorrer sobre a guarda unilateral utiliza-se da seguinte afirmação.

Essa tem sido a forma mais comum: um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores.

Neste mesmo sentido temos a visão de DIAS, que aborda o assunto da seguinte maneira.

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre este dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras (DIAS, 2007, p. 395).

Esta disputa pela guarda dos filhos deixa a convivência entre os divorciados cada vez pior, dando oportunidade para o surgimento de mais desentendimentos e discussões, fato este que não traz nenhum benefício nem a pessoa dos filhos nem ao ex-casal.

A disputa pela guarda dos filhos é a maior causa de conflito no processo de divórcio sendo o que mais agrava estes litígios e os torna mais dolorosos para todos os envolvidos.

Analisadas as questões introdutórias importantes para a compreensão do assunto principal, referentes ao direito de família e seus princípios aplicáveis, divórcio suas modalidades e as consequências trazidas com ele, poder familiar e guarda passa-se para o assunto principal deste trabalho, abordando os benefícios e soluções trazidos na tentativa de diminuição de um problema que cresce cada vez

mais na sociedade atual, os conflitos enfrentados por casais em processo de divórcio referentes à guarda dos filhos.

#### 4 A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO ALTERNATIVA PARA A DIMINUIÇÃO DOS CONFLITOS NO DIVÓRCIO

Um doloroso processo de divórcio, afeta principalmente os filhos, que muitas vezes se tornam protagonistas de uma difícil disputa de guarda unilateral, onde um dos pais detém a guarda do filho, e o outro passa a exercer um papel secundário na vida da criança, como em grande parte dos divórcios nem o pai e nem a mãe gostariam de se afastar dos filhos, os dois entram em uma disputa pela guarda.

Enquanto a família, *legítima* ou *natural*, permanece física e afetivamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização). Quer dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática, no cuidado diário e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação (GRISARD FILHO, 2010, p. 121).

A guarda compartilhada vem com o propósito de igualar os pais em direitos e deveres relativos ao filho, ao contrário da guarda unilateral a guarda compartilhada divide entre ambos os genitores as responsabilidades e o tempo com a criança, evitando assim o afastamento que ocorre quando a guarda fica com apenas um dos pais, diminuindo também o conflito entre os envolvidos no processo de divórcio.

A guarda compartilhada tem por fim precípua minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da quebra ou mesmo da inexistência prévia de relacionamento conjugal. Busca preservar os laços paterno-filiais em condições de igualdade entre os genitores (LEVY, 2008, p. 54).

Neste sentido, também muito importantes as considerações de Gomes (2008, [ambito-juridico.com.br](http://ambito-juridico.com.br)):

a criança precisa tanto do pai quanto da mãe, e não se pode admitir ou até mesmo acreditar que o vazio deixado por um dos genitores quando do momento da dissolução da união de seus pais, seja suprido por alguns finais de semana e menos ainda achar que a pensão paga por um deles é suficiente ou sinônimo de amor e carinho.

Então a principal finalidade da guarda compartilhada é evitar o afastamento de pais e filhos, garantindo a convivência entre eles, de forma a preservar os laços de carinho e afeto existentes.

#### 4.1 A guarda compartilhada no direito brasileiro

A guarda compartilhada a pesar de ter sido apenas recentemente regulada por lei, já era aplicada no direito Brasileiro à bastante tempo.

Antes da criação da Lei n.11.698/08 e da Lei n. 13.058/14 a guarda compartilhada já era utilizada, em poucos casos, mas já estava sendo utilizada, e para isso, nos casos em que os casais optavam pela guarda compartilhada, usavam como fundamento a Constituição Federal e seus princípios, como o princípio da igualdade entre homem e mulher, o princípio da afetividade e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Não é possível deixar de fazer registro de que, no que tange à admissibilidade da guarda compartilhada no período anterior a vigência da Lei nº11.698/08, o fundamento era basicamente de índole constitucional, levando em consideração os princípios da igualdade entre homem e mulher (em especial nas relações de direito de família), do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, as regras referentes ao direito de convivência familiar e a prioridade absoluta da criança e do adolescente nos assuntos a ele pertinentes (GAMA, 2008, p. 248).

Com o surgimento da Lei n.11.698/08, lei esta que regulava a guarda compartilhada até a criação da Lei n. 13.058/14, ela passou a ser mais utilizada, e mais bem aceita no ordenamento jurídico brasileiro, o que já acontecia em outros países.

Antes da criação das referidas leis o entendimento da maioria da população era de que somente a mulher sabe criar e educar os filhos, que o homem não teria o conhecimento necessário dos cuidados que se deve ter na educação de uma criança ou adolescente.

Predominava no direito anterior à Lei 11.698/2008 a cultura dos melhores cuidados dos filhos somente pela mãe, de forma unipessoal e exclusiva, contrariando os princípios da igualdade e da corresponsabilidade parental. Esse critério sobreviveu com força na consciência social. Porém, na compreensão do princípio do melhor interesse da criança, o sistema redefiniu o modelo, passando a atribuir a guarda a quem revele melhores condições de exercê-la, sem afastar um ou outro dos pais da vida dos filhos. O modelo da nova lei preserva o pleno exercício do poder familiar sem esvaziar as funções paterna e materna ou eliminar os referenciais masculino e feminino, assegurando aos filhos um equilibrado desenvolvimento emocional, psíquico e social. Essa é a proposta da nova lei, de construção de uma família democrática, fundada na corresponsabilização de ambos os pais nas tarefas de cuidados e atenções aos filhos menores e em benefício deles (GRISARD FILHO, 2010, p. 192-193).

Agora com a criação da Lei n. 13.058/14, a guarda compartilhada passou a ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, tornando a guarda unilateral a exceção. Neste sentido a guarda compartilhada poderá ser aplicada mesmo com a discordância dos pais, o que se procura com isso é acabar com a chamada “paternidade de fim de semana”, onde o pai só está presente no dia da visita, e não participa ativamente da vida do filho.

No momento em que o assunto for tratado judicialmente, deverão os juízes mediar, incentivar, destacar as vantagens aos responsáveis sobre esse tipo de guarda e tratar também dos períodos de convívio da guarda, antes de homologar a decisão, valendo-se para sua decisão de ofício ou a requerimento do Ministério Público se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, observando-se o que for melhor para a criança (GOMES, 2008, ambito-juridico.com.br).

Discorre Giovanna Balogh acerca da guarda compartilhada, “pela nova regra, se não houver acordo entre os pais sobre a guarda, o juiz determinará prioritariamente que ela seja compartilhada” (BALOGH, 2014, folha.uol.com.br).

Com a vigência da Lei n. 13.058/14, só não será determinada a guarda compartilhada quando um dos genitores expressamente se manifestar no sentido de que não tem interesse em ter a guarda do filho, caso contrário o juiz deverá determinar a aplicação da guarda compartilhada, exceto se verificar que um dos pais não está apto a exercer o poder familiar.

A nova lei também determina a fixação de multa para as instituições que se recusarem a oferecer aos pais informações sobre seus filhos, o que se torna uma conquista importante porque possibilita aos pais um conhecimento maior sobre as atividades dos filhos.

A intenção é que com o estímulo da aplicação da guarda compartilhada aumente o interesse e a participação de ambos os pais na criação e educação dos filhos, diminuindo também o sentimento de rejeição enfrentado pelas crianças as quais os pais se divorciaram.

## **4.2 Como funciona a guarda compartilhada**

A guarda compartilhada funciona de maneira à que os pais tenham a responsabilidade conjunta pelo filho, a autoridade parental é exercida pelos dois de maneira conjunta, tendo eles sempre que entrar em consenso sobre as decisões

relativas ao filho, cabendo sempre, nos casos que não entrarem em um acordo, buscar o judiciário para a melhor solução do conflito (art. 21 ECA), ambos os pais participam do dia a dia da criança, tendo seus deveres em relação a ela, buscando sempre o bem estar e o melhor interesse do menor.

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva) (GRISARD FILHO, 2010, p. 218). (Grifado no original).

Depois de se acordado a adoção do sistema da guarda compartilhada, primeiro, deve-se determinar a residência na qual a criança morará, a fim de transmitir a estabilidade que a criança necessita, o centro de apoio aos filhos, sendo preferível que os pais residam na mesma área escolar dos filhos, ou perto, a fim de evitar interrupções da situação escolar (SILVA, 2008). Todavia, isso não exclui a indispensabilidade de cada genitor possuir acomodações para a criança em suas respectivas residências.

Os afazeres de cada um dos pais em relação ao filho, assim como o período que a criança passa com cada um e a sua residência principal são combinados em conjunto, de uma maneira que se encaixe na rotina de todos, por isso é necessário que haja diálogo entre o ex-casal, pois o poder familiar vai continuar a ser exercido como antes da separação do casal.

Os pais devem decidir em conjunto decisões importantes na vida da criança como a escola que irá estudar, as atividades que irá participar, forma de criação, e etc.

A guarda compartilhada permite que ambos os pais estejam presentes de maneira efetiva na vida do filho, participando dia a dia da sua rotina, assim não se quebra o vínculo existente entre a criança e ambos os pais, permitindo a ela crescer na companhia do pai e da mãe.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

É importante lembrar que a guarda compartilhada não significa que a criança terá de ficar um dia com o pai e outro com a mãe, ou uma semana com o pai e outra com a mãe, não tendo assim residência fixa. A criança terá sim convivência com ambos os pais no seu dia a dia, mas ela precisa ter uma referência de lar, que será decidido em conjunto visando o melhor interesse dela, o que também não impede, por exemplo, que ela passe a semana com o pai ou a mãe e os finais de semana com o outro, ou vá para a casa do outro também em um dia ou dois da semana, ou que os finais de semana sejam alternados na casa dos pais. O tempo que a criança passará com cada um, dependerá do bem estar e do interesse dela.

O fato de ser adotada a modalidade de guarda compartilhada, não significa que não possa ser estipulada uma pensão alimentícia a ser paga por um dos genitores, a manutenção dos filhos é obrigação de ambos os pais, e ambos precisam colaborar com o sustendo dos mesmos.

O pedido de pensão observará as possibilidades de quem paga, e as necessidades da criança, levando em conta sempre os seus interesses e o seu bem estar, o que faz com que mesmo que a guarda seja compartilhada possa ser estipulado um valor a título de pensão alimentícia a ser pago.

Os pais podem requerer a guarda compartilhada, ou ela pode ser decretada pelo Juiz, sempre que ele entender que é o melhor para a criança. O Juiz deve sempre informar aos pais na audiência de conciliação, sobre a importância da guarda compartilhada, seu significado, deve informar também as sanções pelo descumprimento das regras referente a guarda, e do papel de cada um dos genitores na educação dos filhos (art. 1.584 do CC).

Recentemente foi aprovado o PLC 117/2013, que se tornou Lei 13.058/14 que faz mudanças no código civil, põe a guarda compartilhada como regra, e prevê apenas dois casos em que não será aplicada a guarda compartilhada, quando um dos pais não estiver apto para exercer a guarda, ou quando um dos pais expressamente se manifestar dizendo que não quer a guarda.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:  
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Para melhor atender aos interesses da criança, e também facilitar o

entendimento entre os pais, o Juiz pode pedir, sempre que for preciso, a avaliação de um profissional, para a melhor divisão das atribuições do pai e da mãe nas questões relativas ao menor, e também para uma divisão equilibrada do tempo em que o pai e mãe passarão na companhia do filho (art. 1.584 §3º). Outra inovação trazida pela lei 13.058/14 é a previsão de multa para as instituições que não fornecerem informações aos pais sobre seus filhos:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:  
§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Esta inovação é bastante interessante, pois reforça o papel da sociedade em relação às crianças e adolescentes, e amplia o conhecimento e controle de ambos os pais sobre o comportamento e atividades de seus filhos.

#### **4.3 A guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental**

A alienação parental é o ato praticado por um dos pais no sentido de sujar a imagem do outro perante o filho, segundo Rinaldi (2014, [www.globo.com](http://www.globo.com)):

alienação parental é caracterizada quando há uma lavagem cerebral na criança, ou seja, quando uma mãe ou um pai imputa características falsas do outro genitor à criança e isso faz com que ela deteste o outro genitor, que normalmente não é o guardião.

Quando aplicada a guarda unilateral em situações de litígio, o deferimento da guarda a um dos ex-companheiros muitas vezes é tida como um troféu. O filho passa a ser motivo de chantagem e vingança, e quem mais acaba sofrendo as consequências dessa atitude é a criança, “o alienante instiga o menor contra o outro genitor e tem por objetivo afastar a criança do genitor alvo das ações alienantes, ocasionando assim a ruptura dos vínculos emocionais e afetivos entre eles”. (FREITAS, 2014, [direitonet.com.br](http://direitonet.com.br)).

A criança se sente pressionada pelos pais e vive em constante medo de perder o convívio e amor do genitor que não possui a sua guarda. As complicações “advindas dessa prática são várias, podendo ser leves, médias ou até mesmo graves para o menor, como por exemplo: a depressão, suicídio, transtornos de

identidade e revolta” (FREITAS, 2014, [direitonet.com.br](http://direitonet.com.br)).

A guarda compartilhada é defendida por inúmeros doutrinadores e estudiosos como uma maneira de inibir esta conduta tão prejudicial para a criança que é a alienação parental.

Para que este problema se torne solucionado, a guarda compartilhada é apropriada, tendo em vista que a convivência do menor com ambos os genitores é capaz de impedir e dificultar a prática da alienação parental.

Na guarda compartilhada as responsabilidades são divididas entre o pai e a mãe, o que acaba minimizando os conflitos, pois nesses casos os genitores terão que chegar a um consenso.

Embora um dos genitores viva em lar separado do seu filho, a guarda compartilhada favorece o acompanhamento do desenvolvimento do menor com menos traumas, proporcionando a continuidade da relação, retirando assim a ideia da guarda vista como posse (FREITAS, 2014, [www.direitonet.com.br](http://www.direitonet.com.br)).

Com o objetivo de inibir a prática de alienação parental foi criada a Lei nº 12.318/2010, lei esta que traz em sua letra a definição do conceito de alienação parental.

Com a criação da referida lei o genitor que observa indícios de que o outro está praticando a alienação parental pode pedir ao juiz a provocação do Ministério Público, para serem tomadas medidas no sentido de proteger a integridade psicológica da criança.

Agora, com embasamento legal, o genitor que se sentir prejudicado pode pleitear seus direitos com base em fundamentos jurídicos. Havendo indícios sobre a existência de alienação parental, o genitor que se sentir prejudicado poderá, a requerimento, por meio de ação autônoma ou incidental, pedir ao juiz que provoque em caráter de urgência o Ministério Público para que este seja ouvido a respeito das medidas provisórias cabíveis, visando a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente. Também serão buscadas formas de assegurar o direito à convivência com o genitor vítima da alienação parental, bem como intentar uma reaproximação entre o genitor e a criança ou adolescente em visitas acompanhadas por profissionais, se tal reaproximação causar risco à integridade física ou psíquica do alienado (NORONHA; NOGUEIRA, 2015, [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)).

Assim, como ambos os pais tem a companhia do filho e precisam discutir juntos o que é melhor para a criança, se torna desnecessária e inviável a atitude de envenenar o filho contra o outro. Como eles têm a presença com o filho garantida pela guarda compartilhada cessa o principal motivo determinante para a alienação parental, que é o medo de perder o amor, carinho e companhia da criança.

#### 4.4 Desvantagens da guarda compartilhada

Assim como todos os demais modelos a guarda compartilhada também tem suas desvantagens. Muitas vezes ao se divorciarem fica um grande ressentimento entre o casal, e a dúvida que fica é: Serão estes pais capazes de deixar seus desentendimentos e suas críticas longe dos filhos?

Muitos pais são capazes sim, de para o bem dos filhos, deixarem de lado as suas desavenças, mas esta não é a realidade de todos eles. Em muitas famílias em que os pais simplesmente não se suportam mais, não têm qualquer tipo de diálogo amigável, e vivem em constante conflito a guarda compartilhada não funciona.

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas (GRISARD FILHO, 2010, p. 225).

Em casos como este a guarda compartilhada simplesmente não funciona, porque ao invés de cumprir seu objetivo, que é atender o melhor interesse da criança e o seu bem estar, a guarda compartilhada acaba por trazer mais prejuízo ainda para a família, e principalmente para o menor, que fica entre o pai e a mãe, ambos falando mal um do outro, criticando o outro na presença do filho, o que acaba por ser sufocante e estressante tanto para a criança, quanto para os pais, podendo vir a se tornar até um caso de alienação parental, que é justamente o que a guarda compartilhada mais pretende evitar que aconteça.

Entendemos que o modelo apresenta-se como um ideal de relacionamento a ser almejado, mas desde que os pais atuem harmoniosamente no exercício do poder familiar. Diante de disputa parental pelo exercício exclusivo do poder familiar, o exercício compartilhado, ou seja, a guarda compartilhada, é fomentadora de novas disputas parentais, sendo, portanto, incompatível com o melhor interesse do filho (LEVY, 2008, p. 57).

Nestes casos, o mais aconselhável é a guarda unilateral, e esta deve ser deferida ao pai ou a mãe que demonstrar maiores condições psicológicas de permanecer com o filho isso sem comprometer a convivência dele com o pai ou mãe que não estiver com a guarda.

Outra desvantagem é referente à moradia, a criança precisa ter uma referencia de lar, de onde é a sua casa, o que muitas vezes com o constante vai e vem entre as casas do pai e da mãe acaba se perdendo.

Mesmo os pais tendo a guarda compartilhada do filho, este deve ter sua referencia de lar, a sua casa, e isto não impede que o menor tenha seu quarto em ambas as casas, mas a ideia de referencia precisa permanecer.

Cabe salientar que para funcionar a guarda compartilha necessita que ambas as partes estejam dispostas a colaborar, afastando as desavenças pessoais em benefício dos filhos.

#### **4.5 Das vantagens da guarda compartilhada**

O método de guarda compartilhada traz muitas vantagens para todas as partes envolvidas, por isso está sendo cada vez mais aplicado, tanto no Brasil como no restante do mundo.

A guarda compartilhada traz uma continuidade da relação entre o filho e ambos os pais após o divórcio, a criança continua a ter a efetiva convivência tanto com o pai quanto com a mãe, pois ambos terão seu papel no dia a dia da criança, as tarefas comuns do dia a dia serão divididas entre os pais, assim como as decisões sobre o filho que também serão tomadas em conjunto, isso possibilita a efetiva presença tanto pessoal como de tomada de decisões de ambos os pais na vida de seus filhos.

Grisard Filho (2010), ao discorrer sobre os benefícios da aplicação do método de guarda compartilhada também ressalta a continuidade da relação familiar entre a criança e ambos os pais.

A guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos sistemas então vigentes – guarda única, guarda alternada, guarda dividida -, para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores (GRISARD FILHO, 2010, p. 216).

Traz também o benefício de que mantém a criança perto de toda a sua família, como pai e família paterna, mãe e família materna, assim não ocorre o

afastamento que costuma ocorrer na guarda unilateral.

A presença de amigos e familiares é importante na vida da criança, a presença dos avós, tios e primos, de ambos os lados é importante pois não deixa no menor o sentimento de ter sido deixado de lado pela família de um dos pais, ou de ter perdido a convivência de uma parte de sua família com o divórcio dos pais.

Uma grande vantagem deste sistema de guarda é referente a alienação parental, nos casos de disputa de guarda entre os pais, muitas vezes um deles ou ambos praticam o ato de falar mal do ex-companheiro, e denegrir a imagem dele perante o filho, com o intuito de envenenar a convivência do filho com o outro. Isto se torna muito prejudicial para a criança ou adolescente, que fica sobre forte pressão, que convive com a tristeza de ter que escolher entre o pai ou a mãe, pois teme o abandono de ambos. Além disso, a guarda compartilhada fornece um ambiente adequado para que o filho forme sua própria opinião sobre seu pai e sua mãe, formando este conceito sem a interferência de um ou de outro.

Assim com a guarda compartilhada se perde o maior sentido da alienação parental que é a disputa pela guarda, se perdendo também o maior medo trazido com a alienação parental que é o medo do filho de perder a convivência com o pai e a mãe e dos pais de perderem a guarda do filho.

Com efeito, essas são justamente as duas grandes vantagens da guarda compartilhada: o incremento da convivência do menor com ambos os genitores, não obstante o fim do relacionamento amoroso entre aqueles, e a diminuição dos riscos de ocorrência da Alienação Parental. Desse modo, constata-se que, em verdade, a guarda compartilhada tem como objetivo final a concretização do *princípio do melhor interesse do menor* (princípio garantidor da efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tratando-se de uma franca materialização da *teoria da proteção integral* - art. 227 da Constituição Federal e art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente), pois é medida que deve ser aplicada sempre e exclusivamente em benefício do filho menor (ALVES, 2009, www.jus.com.br). (Grifado no original).

Outro benefício envolvendo a guarda compartilhada é referente ao momento do divórcio, este modelo de guarda se torna em grande parte das vezes uma solução para o conflito mais comum nos processos de divórcio que é a disputa pela guarda dos filhos, o que arrasta por anos processos de divórcio que poderiam ser resolvidos de maneira muito mais rápida, sendo bem menos dolorosos para os envolvidos.

#### 4.6 Do comportamento dos tribunais pátrios

Já existe tanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como nos tribunais dos outros estados, um grande número de decisões que alteraram o regime de guarda unilateral para guarda compartilhada com base na Lei n. 13.058/2014 e também nos princípios aplicáveis ao direito de família, reconhecendo para os casos apresentados que a guarda compartilhada é a melhor opção.

Pode-se utilizar, como exemplo, a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70064923386, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/07/2015). (Grifado no original).

No mesmo sentido importante decisão deste mesmo tribunal referente a alteração de guarda unilateral para guarda compartilhada que fixa residência habitual evitando com isso que a criança perca a referência de moradia, usando também como fundamento a Lei n. 13.058/2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA HABITUAL MATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial em finais de semana alternados com pernoite. DERAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70065259194, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015). (Grifado no original).

Assim como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também se manifesta favorável à aplicação da guarda

compartilhada, se posicionando no sentido de que entende ser o melhor para a criança, desde que os pais se mostrem em condições de uma convivência sadia.

FAMÍLIA. ALIMENTOS. REDUÇÃO. CABIMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. REQUISITOS. PROCEDÊNCIA. - Reduz-se os alimentos fixados na sentença, sobretudo porque estão presentes os requisitos para a guarda compartilhada do menor, o que implicará maiores gastos por parte do genitor. - Não existindo animosidade entre os pais e se a criança, desde tenra idade, permaneceu de forma consensual e por períodos distintos com ambos, que residem próximo um do outro, é cabível a guarda compartilhada. (Grifado no original).

No mesmo sentido, a favor da aplicação da guarda compartilhada, o seguinte posicionamento do STJ (recurso especial), onde em sua fundamentação é apresentada a guarda compartilhada como “o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar”.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (Grifado no original).

Diante do que foi exposto, fica assim demonstrado o posicionamento dos tribunais com relação ao modelo de guarda compartilhada, sendo utilizado sempre como principal fundamento a continuidade da relação familiar entre ambos os pais com a criança.

O aumento das decisões favoráveis à aplicação da guarda compartilhada cresce a cada dia, trazendo os benefícios deste modelo de guarda a cada vez mais famílias.

## 5 CONCLUSÃO

Demonstrou-se neste trabalho monográfico, que foi elaborado pelo método hermenêutico e utilizando o tipo de pesquisa bibliográfico, a evolução das famílias e a modificação de seu conceito, assim como também as mudanças ocorridas na legislação em virtude da modificação da estrutura das famílias e sua função na sociedade brasileira.

Buscou-se apresentar o conceito de direito de família, apresentando as modificações que ele sofreu ao longo das décadas, buscando também abranger os diferentes tipos de arranjos familiares que surgiram na sociedade atual.

A importância dos princípios para o direito de família foi abordada conceituando-se os princípios um a um e explicando o papel de cada um deles na concepção atual do direito de família, pois são nos princípios que nascem as normas regulamentadoras dos direitos mais importantes e que atingem a todos direta ou indiretamente.

A análise do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro envolveu sua história, como funcionava no Código Civil de 1916, como passou a funcionar com a Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

Abordou-se também a emenda constitucional nº 66/2010 e as mudanças no processo de divórcio trazidas com ela, explicando como passou a funcionar a partir de então o que também se mostra importante para possibilitar um melhor entendimento deste instituto tão importante no direito de família.

As espécies de divórcio existentes e em quais situações que podem ser aplicadas se mostram importantes esclarecimentos que possibilitam um agir de maneira mais eficiente diante destas circunstâncias que por si só já são tão dolorosas as famílias, por isso foi feita também uma abordagem individual dos divórcios judicial e extrajudicial.

Discorreu-se sobre o divórcio extrajudicial explicando sua celeridade, a maneira mais simples e menos onerosa de sua interposição, as condições exigidas para que ele possa ser intentado, assim como também demonstrado que ele se torna um aliado do judiciário já com tantos processos em andamento.

Explicou-se também o divórcio judicial que pode ser litigioso ou consensual, assim como também suas peculiaridades.

Permitiu-se também com este trabalho, o estudo do poder familiar, seu

conceito e sua definição. A análise do poder familiar possibilita também uma melhor compreensão da evolução histórica das famílias e das mudanças que nelas ocorreram ao longo dos anos. Isso se mostra muito importante para uma melhor compreensão das espécies de guarda existentes no nosso ordenamento jurídico e nos permite analisar com maior eficiência as vantagens e desvantagens presentes em cada caso.

Por fim com uma análise mais aprofundada sobre a guarda compartilhada foi apresentado o instituto de maneira a esclarecer o seu funcionamento e a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Isso possibilita uma visão da evolução do ordenamento jurídico também com relação à guarda dos filhos, permitindo que se possa avaliar os seus benefícios em detrimento dos demais modelos de guarda existentes.

O modelo de guarda que hoje é a regra, mas que ainda é visto com cautela e desconfiança por muitos, é defendido por inúmeros doutrinadores como a melhor maneira de proporcionar a criança uma continuidade de seu relacionamento com ambos os lados de sua família, sem rompimentos bruscos e dolorosos, preservando assim o seu melhor interesse.

Com o estudo das vantagens e desvantagens da aplicação da guarda compartilhada pode-se ter uma melhor visão acerca dos conflitos mais comuns no momento do divórcio, e como sua aplicação pode ajudar a reduzi-los.

Com a abordagem da guarda compartilhada como maneira de evitar a alienação parental de maneira individual possibilitou-se uma visão ainda mais abrangente de como sua aplicação pode se benéfica, porque diminuindo os conflitos ela possibilita uma redução da incidência da alienação parental.

O que se pode concluir em relação a alienação parental é que a guarda compartilhada é também uma importante ferramenta contra esta prática que está muito presente quando aplicada a guarda unilateral, assim como também é a espécie de guarda que mais preserva os interesses da criança.

Contudo não podemos tomar sua aplicação ao pé da letra e impor a aplicação desta espécie de guarda em relações de ex-casais que não se suportam e não conseguem manter um diálogo sadio, respeitando os interesses de seus filhos, pois acabaríamos expondo uma criança à uma situação ainda mais dolorosa.

Cabe aos pais tomarem consciência de que o melhor para os interesses de seus filhos é de que ambos mantenham um diálogo saudável, possibilitando uma

plena aplicação da guarda compartilhada, o que traz ganhos para todas as partes, pois possibilita à criança um crescimento saudável com a presença de ambos os pais e suas famílias, assim como possibilita aos pais a presença dos filhos em sua vida, os possibilita a ambos participar ativamente da vida dos filhos os vendo crescer e participando do seu dia-a-dia.

Pode-se concluir que sempre que possível a aplicação da guarda compartilhada, é ela sem dúvida muito benéfica para a criança, permitindo uma continuidade da família que ainda é a sua, pois apesar do divórcio dos pais e do rompimento dos laços destes, os laços entre pais e filhos devem permanecer pelo bem de ambos, e esta modalidade de guarda é a que mais fielmente possibilita com que isso aconteça.

A guarda compartilhada representa um avanço do direito de família e sua aplicação em cada vez mais famílias representa um grande avanço para toda a sociedade, uma vitória para o bem-estar de muitos pais e filhos o que também previne problemas futuros, pois crianças tristes e ressentidas pelo sentimento de abandono em relação aos pais tendem a se tornar adultos deprimidos e revoltados.

O tratamento igualitário para homens e mulheres em relação à criação dos filhos representa um avanço tão importante quanto à entrada da mulher para o mercado de trabalho, é o princípio da igualdade se fazendo valer no mundo atual, e o instituto da guarda compartilhada representa isso na prática.

Então, por fim, pode-se dizer que o modelo de guarda compartilhada é um importante aliado na tentativa de diminuir os conflitos no divórcio, pois como já demonstrado uma das maiores causas de conflito no momento do divórcio é referente à guarda dos filhos, o que na maioria das vezes nenhum dos pais quer perder e que efetivamente permanece com os dois com a instituição do modelo de guarda compartilhada.

Na maioria dos casos de divórcios conflituosos envolvendo crianças, a maior discussão é a referente à guarda e ela gira principalmente em torno do medo que ambos os pais tem de perder o convívio com os filhos e seu afeto.

A fixação da guarda compartilhada traz ao ex-casal uma abordagem diferente da situação do filho após a separação.

O fato de a criança ficar sob responsabilidade de ambos os pais após o divórcio, sob o método de guarda compartilhada, traz aos divorciados a responsabilidade de trabalhar em comunhão de esforços em busca do bem estar do

filho. Assim os conflitos entre os pais se tornam inviáveis face a necessidade de cooperação mútua visando garantir os direitos dos filhos comuns.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A guarda compartilhada e a lei 11.698/08*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-n-11-698-08>>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- ANDRIGHI, Nancy. STJ. *REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9*. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014.
- BALOGH, Giovanna. *Nova lei da guarda compartilhada obrigará pais a dividirem decisões*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1565810-nova-lei-da-guarda-compartilhada-obrigara-pais-a-dividirem-decisoes.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2015.
- BOAS, Alberto Vilas. TJ-MG. *AC: 10231120075495001 MG*. Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 22/10/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/10/2013.
- BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente lei 8.069*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2015.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ECKERT, José Pedro de Oliveira. TJ-RS. *AI: 70065259194 RS*. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 20/08/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/08/2015.
- FREITAS, Thais Cristina Rodrigues de. *A garantia da aplicabilidade da guarda compartilhada com o advento do instituto da alienação parental*. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8674/A-garantia-da-aplicabilidade-da-guarda-compartilhada-com-o-advento-do-instituto-da-alienacao-parental>>. Acesso em: 13 out. 2015.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Direito Civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

\_\_\_\_\_. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Graciela Fernanda Badona de Melo. Guarda compartilhada: o que era realidade agora é lei. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5128&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5128&revista_caderno=14)>. Acesso em: 23 out. 2015.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEVY, Fernanda Rocha de Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. Saraiva, 2010.

MACHADO, Costa. *O novo divórcio e a emenda 66\2010*. 2010. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/o-novo-divorcio-e-a-emenda-662010/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do direito de família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOGUEIRA, Brenno Antônio Macedo; NORONHA, Elizangela do Socorro de Lima. Lei da Guarda Compartilhada: o combate contra a alienação parental. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4341, 21 maio 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/39297/alienacao-parental-aspectos-psicologicos-e-a-nova-lei-da-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 22 out. 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. da C. (Coords.). *Direito de família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 01-08.

RINALDI, Bruna. *Alienação parental ocorre quando um genitor faz criança rejeitar o outro*. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2014/07/direito-de-familia-alienacao-parental-2014-07-02.html>>. Acesso em: 22 out. 2015

RODRIGUES, João Gaspar. Princípio da afetividade no direito de família. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303>>. Acesso em: 21 out. 2015.

SCHMITZ, Alzir Felipe. TJ-RS. *AI: 70064923386 RS*. Relator: Alzir Felipe Schmitz,

Data de Julgamento: 16/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/07/2015.

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Keith Diana da. *Família no direito civil brasileiro*. [201-]. Disponível em: <<http://www.fmr.edu.br/npi/045.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

SILVA, Manoel de Almeida. *O direito de família e os princípios constitucionais no direito de família atual*. 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9621](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9621)>. Acesso em: 21 out. 2015.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8400](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400)>. Acesso em: 21 out. 2015.

SOUZA, Jane de. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado ao direito de família. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 06 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 21 out. 2015.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito de família*. Porto Alegre: Método, 2012.

VERONESE, J. R. P.; GOUVÊA, L. F. B.; SILVA, M. F. da. *Poder familiar e tutela*. Aracaju: OAB/SE, 2005.