

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DOS  
JUÍZES E PROMOTORES DA COMARCA DE SANTA  
MARIA DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

**Camille de Medeiros Pozzobon Abaid**

Santa Maria, RS, Brasil

2012

# **A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DOS JUÍZES E PROMOTORES DA COMARCA DE SANTA MARIA DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS**

por

**Camille de Medeiros Pozzobon Abaid**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS) como requisito parcial  
para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Ms. Maria Ester Toaldo Bopp  
Co-orientadora: Sabrina Daiana Cúnico

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2012**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de  
Graduação

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DOS JUÍZES E  
PROMOTORES DA COMARCA DE SANTA MARIA DOS ÚLTIMOS  
CINCO ANOS**

elaborada por  
**Camille de Medeiros Pozzobon Abaid**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA**

**Profa. Ms. Maria Ester Toaldo Bopp**  
(Presidente/Orientadora)

**Sabrina Daiana Cúnico**  
(Co-Orientadora)

**Rosane Leal da Silva**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

**Simone Stabel Daudt**  
(Centro Universitário Franciscano)

**Santa Maria, 14 de dezembro de 2012.**

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho e toda a faculdade de Direito a uma pessoa muito especial: minha mãe, maior incentivadora para que eu realizasse uma segunda graduação, além de ter me dado o apoio incondicional para ingressar no Curso de Direito assim como para construção deste trabalho monográfico.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por ter me dado a vida, a saúde e a sabedoria para realizar este trabalho e concluir o curso.

À minha mãe e ao meu pai, Ingri e José Pozzobon, pela vida, educação e amor incondicional. Pela dedicação e cuidado que tiveram com as minhas duas filhas para que eu pudesse cursar a graduação além de pesquisar, estudar e escrever este trabalho monográfico. Pessoas a quem eu devo maior gratidão. Sem dúvida, os melhores pais que alguém poderia ter.

Ao meu marido Cristiano, pela minha ausência, pelo amor e paciência que teve comigo durante esses longos anos. Também pela força e incentivo nos momentos mais difíceis na realização deste trabalho.

Às minhas duas filhas Rafaella e Carolina, pela inspiração que me proporcionaram, impulsionando e incentivando a querer me qualificar, a querer concluir mais uma etapa e ser uma pessoa melhor. Obrigada por serem minhas filhas. Amo vocês mais que tudo.

À minha orientadora Maria Ester e minha co-orientadora Sabrina pelo apoio, dedicação, parceria e paciência. Minhas mestres !!! Muito obrigada.

Aos entrevistados pela colaboração em me conceder belas entrevistas.

Aos meus colegas da ATD 2012, em especial a minha dupla, Adrissa, pela parceria nos trabalhos, amizade e pelas palavras de que tudo daria certo. Também, as minhas colegas Raíza, Isa Bruna S., Bruna A., Scheila, Leti, Michele, Ju, Fernanda, Mari e Lauren, pela amizade.

Ao meu primo e afilhado Tarcísio e a amiga Elen que não mediram esforços me ajudando quando eu mais precisei. Obrigada.

À Marisa, pelo carinho, dedicação e cuidado com as minhas filhas.

Aos meus grandes amigos pela minha ausência.

Vocês todos são, REALMENTE, muito importantes na minha vida. Obrigada.

O Direito de Família é o lugar de onde o Direito transcende seu objetivo primário – organizar a sociedade de uma forma justa – para atingir o âmago dos cidadãos, em seu desiderato: a possibilidade de ser feliz.

(Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira)

**RESUMO**  
Monografia de Graduação  
Curso de Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DOS JUÍZES E  
PROMOTORES DA COMARCA DE SANTA MARIA DOS ÚLTIMOS  
CINCO ANOS.**

AUTORA: **CAMILLE DE MEDEIROS POZZOBON ABAID**

ORIENTADORA: **MARIA ESTER TOALDO BOPP**

CO-ORIENTADORA: **SABRINA DAIANA CÚNICO**

Data e Local de Defesa: Santa Maria, 14 de dezembro de 2012, às 15h30min.

O crescente número de dissoluções conjugais traz consigo uma grande preocupação: a guarda dos filhos menores de idade. Com o advento da Lei n. 11.698/2008 que tornou possível o Instituto da Guarda Compartilhada e com as rupturas conjugais criaram-se novos arranjos familiares e a possibilidade de ter a responsabilidade parental concentrada não só em um dos genitores, como tradicionalmente acontece, mas em ambos. Assim, neste trabalho de conclusão de curso foi analisada a guarda compartilhada sob a ótica dos Juízes e Promotores que atuam ou atuaram na área de família nos últimos cinco anos, na Comarca de Santa Maria/RS. No primeiro capítulo foi analisado o conceito de família, os diversos tipos de famílias, o conceito de filiação e guarda, bem como as principais modalidades de guarda existentes na Constituição Federal e na doutrina. Posteriormente, no segundo capítulo, foi pormenorizada a guarda compartilhada, a possibilidade jurídica desta modalidade, suas características, bem como as vantagens e desvantagens desse modelo. Por fim, ao concluir o segundo capítulo, foram analisadas as entrevistas dos Juízes e Promotores que participaram da pesquisa, considerando a sua experiência de atuação na área de família no que tange as dificuldades da relação parental após a separação conjugal, a opinião deles sobre a guarda compartilhada, as vantagens e desvantagens do modelo, bem como a aplicabilidade da referida guarda na Comarca de Santa Maria/RS. Concluímos que a maioria dos entrevistados acredita ser uma modalidade de guarda muito recente ainda, exceto casos excepcionais; que tanto a população de uma forma geral quanto os próprios operadores do direito conhecem de uma forma muito superficial a guarda compartilhada, sendo, muitas vezes, confundida com a guarda alternada e que a escolha da modalidade de guarda mais adequada, deve respeitar, sempre, o melhor interesse da criança.

**Palavras-chave:** família; novos arranjos familiares; filiação; isonomia entre os filhos; tipos de guarda; guarda compartilhada.

## **ABSTRACT**

Final monograph

Law School

Federal University of Santa Maria

### **JOINT CUSTODY IN THE PERSPECTIVE OF JUDGES AND PROSECUTORS OF THE SANTA MARIA JUDICIAL DISTRICT IN THE LAST FIVE YEARS.**

**AUTHOR: CAMILLE DE MEDEIROS POZZOBON ABAID**

**ADVISOR: MARIA ESTER TOALDO BOPP**

**CO-ADVISOR: SABRINA DAIANA CÚNICO**

Date and Venue: 14 December 2012, at 3:30 p.m. Santa Maria, RS - Brazil.

The increasing number of marital dissolutions brings along great concern: the custody of minor children. The enactment of Law no. 11.698/2008 enabled the Office of Shared Guard and marital dissolutions to be establish new family arrangements and the possibility of having parental responsibility not only concentrated in one of the parents, as traditionally happens, but both. Thus, this study analyzed joint custody from the viewpoint of Judges and Prosecutors who work or worked in the area of family law in the last five years, in the judicial district of Santa Maria / RS. In the first chapter the concept of family, the different types of families, the concept of filiation and custody, as well as the main types of guardianship in the existing Federal Constitution and doctrine were analyzed. Later, in the second chapter, shared custody, its legal possibilities, its characteristics, as well as the advantages and disadvantages of this model of guardianship were detailed. Finally, at the end of the second chapter, interviews of surveyed Judges and Prosecutors were analyzed, considering their experience working in the field of family law regarding the difficulties of parental relationship after marital separation, their opinion on joint custody, the advantages and disadvantages of this model as well as the applicability of this model of guardianship in the judicial district of Santa Maria / RS were analyzed. It was concluded that the majority of respondents believed this to still be a very recent type of custody, except in exceptional cases, both the population in general as well as the operators of law themselves know the joint custody law in a very superficial way and it is often confused with alternating custody and that the choice of the most appropriate type of custody, must, always, be in the best interests of the child.

**Keywords:** family, new family arrangements; filiation; equality among children; types of custody, joint custody.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>1 FAMÍLIA</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1 Conceituando família</b> .....	<b>11</b>
<b>1.2 Tipos de famílias</b> .....	<b>15</b>
1.2.1 Família Matrimonial .....	17
1.2.2 Família Informal .....	18
1.2.3 Família Homoafetiva .....	19
1.2.4 Família Monoparental .....	20
1.2.5 Família Anaparental ou Parental .....	21
1.2.6 Família Reconstruída, Recompota, Mosaica ou Pluriparental .....	22
1.2.7 Família Paralela .....	23
1.2.8 Família Eudemonista .....	23
<b>1.3 Filiação</b> .....	<b>24</b>
<b>1.4 Conceituando guarda</b> .....	<b>27</b>
1.4.1 Guarda Unilateral ou Exclusiva .....	30
1.4.2 Guarda Alternada .....	31
1.4.3 Aninhamento ou Nidação .....	32
1.4.4 Guarda Compartilhada ou Conjunta .....	33
<b>2 GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	<b>35</b>
<b>2.1 Aspectos gerais</b> .....	<b>35</b>
<b>2.2 Da possibilidade jurídica (Lei n. 11.698/2008)</b> .....	<b>42</b>
<b>2.3 Casos Práticos</b> .....	<b>44</b>
2.3.1 Metodologia .....	44
2.3.2 Descrição e análise das entrevistas .....	45
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>61</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>64</b>
Lei n. 11.698/2008 .....	65
Termo de consentimento livre e esclarecido .....	67
Termo de confidencialidade .....	69
Instrumento de pesquisa e coleta de informação: questionário .....	70

## INTRODUÇÃO

O crescente número de dissoluções conjugais traz consigo uma grande preocupação: a guarda dos filhos menores de idade.

Com o advento da Lei n. 11.698/2008 que tornou possível o Instituto da Guarda Compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro e com as rupturas conjugais criaram-se novas estruturas, novos arranjos familiares e a possibilidade de ter a responsabilidade parental concentrada não só em um dos genitores, como tradicionalmente acontece, mas em ambos, pai e mãe.

Dentro deste contexto, a proposta da guarda compartilhada reveste-se de fundamental importância, eis que é incontestável a presença dos pais na vida dos filhos sendo que a figura de um pai nunca será substituída pela figura da mãe e vice-versa.

Assim, neste trabalho de conclusão de curso foi analisado a guarda compartilhada sob a ótica dos Juízes e Promotores que atuam ou atuaram na área de família nos últimos cinco anos, na Comarca de Santa Maria/RS.

Para isso, realizamos um estudo qualitativo guiado através de entrevistas semi-estruturadas de questões abertas com quatro operadores do direito, sendo três juízes e um promotor, que teve por objetivo verificar se os operadores estão aplicando a guarda compartilhada aos casos concretos e se, conseqüentemente, acreditam ser ela a alternativa mais adequada para um filho no caso da separação de seus pais. Importante salientar que o projeto de pesquisa deste trabalho monográfico foi revisado e aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UFSM em 13/09/2012, com o número do CAAE 06448012.3.0000.5346.

O desenvolvimento do referido tema foi dividido em dois capítulos. Primeiramente foi analisado o conceito de família, os diversos tipos de famílias existentes na atual sociedade, o conceito de filiação e a atual isonomia entre os filhos legítimos e “ilegítimos” à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, bem como o conceito e a importância da guarda e suas principais modalidades.

Posteriormente, no segundo capítulo, foi analisada a guarda compartilhada em si, objeto de estudo deste trabalho monográfico, a possibilidade jurídica desta

modalidade de guarda, as características, bem como as vantagens e desvantagens do modelo.

Por fim, ao final do segundo capítulo, foram analisadas as entrevistas dos Juízes e Promotores que participaram da pesquisa, considerando a sua experiência de atuação na área de família no que tange as dificuldades da relação parental após a separação conjugal, a opinião deles sobre a guarda compartilhada, as vantagens e desvantagens do modelo, bem como a aplicabilidade da referida guarda na Comarca de Santa Maria.

Resta evidente que o tema escolhido é de extrema importância nos dias atuais tanto para a população de uma forma geral como no meio acadêmico e jurídico tendo, portanto, grande relevância social e jurídica.

É através do Instituto da Guarda Compartilhada que os filhos, após a ruptura da relação conjugal dos pais, terão a chance de manter um vínculo maior em relação ao não guardião tendo em vista que tal modalidade de guarda diminui o afastamento entre eles, não reduzindo a figura do não guardião a um papel secundário, na medida que tal modelo de guarda reserva a cada um dos genitores o direito e o dever de participar ativamente e de forma compartilhada nas decisões referentes à vida do filho.

# 1 FAMILIA

Neste primeiro capítulo foi analisado o conceito de família bem como as novas estruturas familiares que surgiram ao longo dos anos. Também foi trabalhado o conceito de filiação, a isonomia entre a filiação legítima e “ilegítima”, o Instituto da guarda, além dos principais tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina.

## 1.1 Conceituando Família

Segundo o Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva, “a família deriva do latim *famel* (escravo, doméstico), e é geralmente tido, em sentido estrito, como a sociedade conjugal”.<sup>1</sup> Assim, a família compreende os cônjuges e sua prole e se constitui através do casamento.

Ainda em sentido estrito:

A família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca<sup>2</sup>.

Porém sabemos que num sentido mais abrangente, família significa um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, que possuem um ancestral comum e que, geralmente, carregam consigo o mesmo sobrenome.

No Direito Civil:

A família exprime simplesmente a *sociedade conjugal*, atendida no seu caráter de *legitimidade*, que a distingue de todas as relações jurídicas desse gênero. E, assim, compreende somente a reunião de pessoas ligadas entre si pelo vínculo de consanguinidade, de afinidade ou de parentesco, até os limites prefixados em lei.<sup>3</sup>

É relevante evidenciar a família destacando a sua diversificação. Caio Mário da Silva Pereira, prescreve que:

---

<sup>1</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 597.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

<sup>3</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 597.

Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).<sup>4</sup>

O ponto de partida do conceito familiar junto ao Código Civil de 1916 surge com o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o referido diploma legal, ou seja, existia a compreensão de que as pessoas se uniam em famílias com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros necessários, pouco importando os laços afetivos.

Nas palavras de Rolf Madaleno:

A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de famílias construídas com suporte na aquisição de patrimônio.<sup>5</sup>

Insta salientar que a família sempre foi e continuará sendo o nosso grande alicerce e o núcleo básico da sociedade. É a família que estrutura o nosso lado emocional como sujeitos e na qual encontramos amparo para seguir a vida.

Para Maria Berenice Dias:

O casamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instituto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso.<sup>6</sup>

Segundo essa mesma autora “mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”.<sup>7</sup>

Nesse sentido é que Giselle Câmara Groeninga define que:

---

<sup>4</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

<sup>5</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 05.

<sup>6</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

<sup>7</sup>Ibid., p. 27.

Família é sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, idéias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que mexe com nossos mais caros sentimentos. Paradigmática para outros relacionamentos, célula mater da sociedade.<sup>8</sup>

Oportuno referir que a família, além de ter uma importância muito grande na sociedade, conhecida como a célula “*mater da sociedade*” é também a base para a constituição da formação do psiquismo e personalidade humana.

Como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira:

Com base em Lacan e Lévi-Strauss, podemos dizer que família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de “lugar”, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou mãe sem que seja o pai ou a mãe biológicos. É exatamente por ser uma questão de lugar, de função exercida, que existe o milenar instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológicos podem ter dificuldade em ocuparem este lugar de pai ou de mãe, tão necessários e essenciais à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos e Sujeitos de Direitos.<sup>9</sup>

A família é um sistema que evolui com o tempo e se organiza em função da sociedade, das suas finalidades e do meio que está inserida. Dentro do núcleo familiar, estabelecem-se relações afetivas, econômicas, dividem-se tarefas, responsabilidades e deveres para que os membros vivam e convivam em perfeita harmonia.

É importante fazer uma reflexão sobre a importância do pai ou da mãe, na estruturação familiar, bem como na forma de conduzir os preceitos educacionais, éticos e morais pois, como se sabe, muitos indivíduos têm dificuldades em assumir seus papéis ocasionando, não raras vezes, no desmantelamento da estrutura familiar com severas consequências para o filho.

Este pensamento se aprofunda quando Rodrigo da Cunha Pereira aduz que:

É essa estruturação familiar que existe antes, e acima do direito, que nos interessa trazer para o campo jurídico. E é sobre ela que o direito vem, através dos tempos, e em todos os ordenamentos jurídicos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo

---

<sup>8</sup> GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 125.

<sup>9</sup>Ibid, p. 158.

possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar, na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo, ou seja, na estruturação do ser-sujeito e das relações interpessoais e sociais, que possibilitam a existência dos ordenamentos jurídicos brasileiros.<sup>10</sup>

Também no intuito de conceituar o Instituto da família, encontramos uma outra definição de Washington de Barros Monteiro ao afirmar que:

Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante a sua existência, embora venha a constituir nova família. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do direito de família. Desde logo evidencia-se a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida que repousa toda a organização social.<sup>11</sup>

Considerada por alguns ameaçada de extinção, a família brasileira vem sofrendo bastante mudanças em relação a sua estrutura e formação. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo”.<sup>12</sup>

Giselle Câmara Groeninga define mais a fundo a crise como condição de existência da família quando diz que:

A família é vista, por alguns, como uma ameaça de extinção, o que, muitas vezes, se equaciona com crise, estado que lhe é familiar. As crises são condições mesma de sua existência e a passagem de seus ciclos vitais acompanha a mudança etária de seus membros. Crise – estado de um sistema em que a mudança é iminente, e, como o tempo da evolução, a família está sempre em constante mudança e, como o tempo das estações, seu clima afetivo sofre variações. Mudança e crise que se permitem existir dada sua natureza indissociável.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup>GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 158.

<sup>11</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 01.

<sup>12</sup>GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 155.

<sup>13</sup>Ibid, p. 126.

Com isso, a família tradicional formada pelo casamento deu lugar a novos arranjos familiares, provocando um declínio no patriarcalismo ao originar diversos tipos de famílias, muitas vezes chamadas de famílias plurais, como mostra o subcapítulo a seguir.

## 1.2 Tipos de Família

O apanhado bibliográfico sobre os tipos de família, traz à luz novas interpretações e entendimento sobre as várias formas de estruturação familiar.

Como diz Teresa Wambier, a “cara” da família moderna mudou.<sup>14</sup> Neste sentido, no que diz respeito à família, são as palavras de Maria Berenice Dias:

O seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos. Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. É mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja, pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família patriarcal, o pai como figura central, na companhia da esposa e rodeado de filhos, genros, noras e netos. Essa visão hierarquizada da família, no entanto, sofreu, como o tempo, enorme transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis. A emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho levaram-na para fora do lar. Deixou o homem de ser o provedor exclusivo da família, sendo exigida a sua participação nas atividades domésticas.<sup>15</sup>

Esta nova forma de ver e construir a família, no qual encontramos de um lado a mulher assumindo vários papéis como o de mãe, esposa, trabalhadora e dona de casa e de outro lado o pai com suas gradativas e lentas participações colaborativas nos afazeres familiares, torna-se cada vez mais comum no mundo moderno.

Podemos questionar, inclusive, as vantagens e desvantagens desta adesão feminina aos inúmeros papéis, pois nunca se viu tantos problemas oriundos das novas estruturas familiares como nos dias de hoje.

Nesse passo posiciona-se Rolf Madaleno:

---

<sup>14</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 83.

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

Não é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias únicas da proteção estatal, quando a sociedade claramente acolhe outros dignificantes modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente taxadas não espelham todo o alicerce social da família brasileira.<sup>16</sup>

Razão assiste a Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, quando afirmam:

Ser dada ao sujeito a liberdade de formar ou não sua família, sem qualquer imposição ou adesão aos modelos preexistentes, em um inadmissível elenco fechado e injustificado. Aceitar essa limitação seria retroceder ao próprio tempo em que o casamento era a única opção de formação familiar.<sup>17</sup>

Observa-se, portanto, que com o decorrer dos anos os conceitos, a estrutura e os valores do ser humano podem ser modificados, todavia a importância da entidade familiar se mantém relevante para o crescimento e formação do indivíduo. Afinal é no seio da família que o homem busca força e segurança para enfrentar os desafios que a vida lhe impõe.

Por conta disso, a responsabilidade da decisão de gerar um filho torna-se muito grande tendo em vista o surgimento de uma nova família.

Relevantes são as observações de Barros quando diz que:

A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, patriarcal e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais.<sup>18</sup>

Nessa perspectiva, encontramos inúmeras formas de constituição de família diferentes daquelas formadas antigamente, de forma tradicional, no qual o homem e a mulher eram casados. Rodrigo da Cunha Pereira reforça a necessidade de alargar o conceito de família de modo a abranger outros conceitos, descrevendo:

---

<sup>16</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 07.

<sup>17</sup>ALMEIDA, Renata Barbosa de e RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil, famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71.

<sup>18</sup>BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, p. 6-7, 2002.

Associada aos ideias de liberdade dos sujeitos, em todos os seus sentidos, está a necessidade de buscarmos um conceito de família que esteja acima de conceitos morais, muitas vezes estigmatizantes. Assim, devemos buscar um conceito de família que possa ser pensado e entendido em qualquer tempo ou espaço, já que a família foi, é e sempre será a célula básica da sociedade.<sup>19</sup>

E mais:

Se a família tem atualmente outro perfil que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal com o casamento (CF, art. 226, § 1º); a união estável (CF, art. 226, § 3º) e a família monoparental, representada pela comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF, art. 226, § 4º), cumpre então localizar essas famílias denominadas plurais e concluir sobre suas formações e seus efeitos.<sup>20</sup>

Esta análise introdutória nos remete a aprofundarmos mais as novas modalidades de estruturas familiares como será descrito na sequência.

### 1.2.1 Família Matrimonial

Entende-se por família matrimonial aquela constituída a partir do casamento, a mais tradicional do ordenamento jurídico brasileiro e o modelo que vem cedendo lugar a muitas outras formas de constituição de família.

Em relação ao casamento, são as palavras de Rolf Madaleno:

O casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher e cujos vínculos foram igualmente solenizados pelo Estado, que, durante largo tempo, só reconheceu no matrimônio a constituição legítima de uma entidade familiar, marginalizando quaisquer outros vínculos informais.<sup>21</sup>

Para que o casamento desse certo era muito importante o princípio da monogamia. Dessa forma Friederich Engels assevera que:

Para triunfo do casamento era importante o princípio da monogamia, que não tem texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas surgiu no

---

<sup>19</sup>GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise:** rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 157.

<sup>20</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 07.

<sup>21</sup>Ibid, p. 07.

período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, baseado na predominância do homem e na certeza da paternidade de seus filhos, assim conferindo maior solidez aos laços conjugais, embora o homem sempre fosse tolerado o direito à infidelidade.<sup>22</sup>

Com efeito Maria Berenice Dias enfatiza que a “Igreja Católica consagrou a união entre um homem e uma mulher como sacramento indissolúvel: até que a morte os separe”.<sup>23</sup>

Percebemos, através da nossa Carta Magna que o Estado solenizou o casamento como uma Instituição, regulamentando o exaustivamente bem como atendendo as suas inúmeras formalidades.

Sem dúvida nenhuma, essa modalidade de família é a mais tradicional de todas. Entretanto, com a Constituição Federal de 1988 e com o advento do novo Código Civil de 2002, entraram em vigor diversas formas de famílias que veremos a seguir.

### 1.2.2 Família Informal

Antigamente, juridicamente falando, a família se constituía apenas pelo casamento sendo vedado qualquer direito que fosse oriundo de outros arranjos familiares como, por exemplo, os oriundos das relações adulterinas ou concubinárias. Os filhos gerados fora do matrimônio nenhum direito possuíam, além de receber apelidos pejorativos, sendo condenados “à invisibilidade”.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, refere Maria Berenice Dias que:

O legislador, além de não regular as relações extramatrimoniais, com veemência negava consequências jurídicas a vínculos afetivos fora do casamento, alijando qualquer direito à concubina. Tal ojeriza, entretanto, não coibiu o surgimento de relacionamentos sem respaldo legal. A eterna busca da felicidade fazia com que os egressos de vínculos desfeitos constituíssem novas famílias.<sup>25</sup>

Não obstante, com a evolução da sociedade e do homem, esse quadro mudou. Hoje a família informal oriunda da chamada união estável recebe tratamento

---

<sup>22</sup> ENGELS, Friederich. **A origem da família da propriedade e do Estado**. 4. ed. Lisboa: Presença, 1980, p. 81-82.

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

<sup>24</sup> Ibid, p. 46.

<sup>25</sup> Ibid, p. 46.

muito parecido ao do casamento, sendo que o próprio Código Civil impõe os requisitos para o reconhecimento dessa união, gerando os direitos e deveres aos conviventes.

Conhecida antigamente como sinônimo de família marginal, a família informal é uma resposta concreta à evolução da sociedade:

Muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito Brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente porque o matrimônio era um vínculo vitalício e indissolúvel.<sup>26</sup>

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o até então vigente concubinato passou à condição de união estável sendo que nos dias atuais observamos um crescimento cada vez maior de relacionamentos estáveis em detrimento do clássico matrimônio.

### 1.2.3 Família Homoafetiva

Outra modalidade muito presente na sociedade de hoje é a união homoafetiva mantida entre pessoas do mesmo sexo.

Insta salientar que é crescente o número de decisões judiciais acerca desse novo arranjo familiar. Eis um exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 08.

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-relacoes-homoafetivas.dept>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

Embora ainda pareça difícil a aceitação desta forma de constituição familiar por parte da sociedade como um todo, há de se entender que elas existem, não nos permitindo mais desconhecer, desconsiderar e negar a sua existência e o reconhecimento dos seus direitos.

Razão assiste a Maria Berenice Dias quando afirma que:

Necessário encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amearhar e se ve sozinho e sem nada.<sup>28</sup>

Ainda para essa autora “assim, nem que seja por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação”.<sup>29</sup>

#### 1.2.4 Família Monoparental

Entende-se por família monoparental aquela constituída por um dos genitores e seu filho. Como bem observa Rolf Madaleno “famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos”.<sup>30</sup>

As causas desencadeadoras da monoparentalidade apontam para a natalidade de mães solteiras, inclusive por técnicas de inseminação artificial, até mesmo *post mortem* e as causas ligadas a uma prévia relação conjugal (não necessariamente oriunda do casamento, mas da conjugação de interesses em vida comum), com separação de fato, divórcio, nulidade ou anulação do casamento, ou viuvez.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>30</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 09.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 09.

A Constituição Federal contempla esse tipo de família em seu artigo 226 §4. que diz “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.<sup>32</sup>

Como bem observa Maria Berenice Dias, “de forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular seus direitos, que acabaram alijados do Código Civil, apesar de esta ser a realidade de um terço das famílias brasileiras”.<sup>33</sup>

As novas concepções sobre as famílias ampliam-se cada vez mais pela aceitação da prática atual, na qual surgem novas modalidades não previstas na Constituição Federal, que emergem e se estabelecem independentes de conceitos originários dos laços matrimoniais.

#### 1.2.5 Família Anaparental ou Parental

Como já falamos nos subcapítulos anteriores, o conceito de família não se restringe mais ao casamento, existindo novas estruturas familiares na atual sociedade moderna em que a diferença entre as gerações como, por exemplo, entre pai e filho não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma entidade familiar. “Não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica”.<sup>34</sup>

Entende-se por família anaparental aquela formada pela convivência de pessoas parentes ou não, sob o mesmo teto que juntas conjugam esforços para a formação de seu patrimônio.

Ao lado da família nuclear (caracterizada pelos pais e sua prole), encontramos a família ampliada, que une parentes, consanguíneos ou não, estando ausente as relações sexuais e presente o elemento afetivo. Na expressão de Rolf Madaleno trata-se, enfim, de um tipo família que “não tem nenhuma conotação sexual como sucede a união estável e na família homossexual, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar”.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2012.

<sup>33</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.

<sup>34</sup> Ibid., p. 48.

<sup>35</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

### 1.2.6 Família Reconstruída, Recompоста, Mosaica ou Pluriparental

A família reconstruída, também conhecida como recomposta, mosaica ou pluriparental é a nova família que surge após o rompimento da família de origem, em que o homem ou a mulher estabelece nova união, levando consigo os filhos da relação anterior, aparecendo nesse caso a figura do padrasto e da madrasta.

As pessoas separadas, divorciadas, viúvas ou que dissolveram união estável, com filhos de relação anterior, costumam reagrupar-se em teia de relações oriundas do espaço antigo que se associam a deveres frescos: são as famílias reconstituídas ou mistas, onde as entidades constitucionalizadas conjugam as obrigações de cada ninho.<sup>36</sup>

Na expressão de Cecília Grosman e Irene Alcorta, a “família reconstruída é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente”.<sup>37</sup>

Preceitua Jussara Ferreira e Konstanz e Rorhmann:

A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família-mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum.<sup>38</sup>

Tem toda razão Rolf Madaleno quando afirma que o Direito de Família e o vigente Código Civil não estão preparados para regulamentar os efeitos diversos que decorrem dessas famílias reconstituídas.<sup>39</sup>

Não existe na legislação atual brasileira nada que diz respeito a figura da autoridade parental do padrasto ou madrasta nem no que tange, por exemplo, no dever de alimentar a criança que esse padrasto criou a vida inteira, muito menos alguma regulamentação específica no campo sucessório.

<sup>36</sup>GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os arranjos plurais e seus efeitos jurídicos. In: SOUZA, Ivone M. Candido Coelho (Coord.). **Família Contemporânea: uma visão interdisciplinar**. Porto Alegre: IBDFAM Letras & Vida, 2011, p. 186.

<sup>37</sup>GROSMAN, Cecília P. e ALCORTA, Irene Martínez. **Familias ensambladas, nuevas uniones después del divorcio**. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2000, p.35.

<sup>38</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RORHMANN Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p.513.

<sup>39</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 12.

### 1.2.7 Família Paralela

Neste tipo de família um dos integrantes participa como cônjuge em mais de uma família, o que acaba por defrontar as pessoas que possuem vínculo de matrimônio ou da união estável, ou seja, a monogamia.

Maria Berenice Dias anota que “negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade”.<sup>40</sup> Para essa mesma autora, “os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade”.<sup>41</sup>

Esse tipo de relacionamento em questão, denominado família paralela, é negado pela maioria da jurisprudência, que não os identifica como um tipo de entidade familiar, o que acaba por excluir os direitos de âmbito do direito das famílias bem como o sucessório.

Casamentos múltiplos são vedados, como proibidos ao concubinatos paralelos, porque não se coaduna com a cultura brasileira uma união poligâmica ou poliândrica, a permitir multiplicidade de relações entre pessoas já antes comprometidas, vivendo mais de uma união ao mesmo tempo.<sup>42</sup>

### 1.2.8 Família Eudemonista

A Constituição Federal de 1988 rompeu os paradigmas clássicos e reconheceu, além da família oriunda do matrimônio, a família monoparental bem como a união estável, distanciando cada vez mais o modelo tradicional de família consagrado pela Igreja. Entretanto, podemos dizer que a doutrina atual vai mais além, sendo possível encontrar novos modelos familiares não previstos na Carta Magna, ou seja, não estandardizados.

Assim surgiu uma nova opção de família chamada de eudemonista, decorrente da convivência entre as pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como exemplo, um grupo de amigos que vivem juntos, compartilhando

---

<sup>40</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

<sup>41</sup> Ibid., p.48.

<sup>42</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16.

direitos e deveres, alegrias e tristezas, rateando as despesas do lar, como se irmãos fossem. Para Paulo Lôbo, “a família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.<sup>43</sup>

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição de família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices, é o mais inovador.<sup>44</sup>

Nas palavras de Rolf Madaleno:

O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.<sup>45</sup>

Dentro deste contexto, após essa breve referência aos novos arranjos e modelos familiares, passaremos a falar de outro Instituto muito importante no Direito de Família: a filiação.

### 1.3 Filiação

Também é interessante trazer à baila outra questão muito importante no Direito de Família: a filiação. Os filhos são uma das razões, senão a maior das razões do casamento, representando a continuidade da espécie e uma perspectiva em relação ao futuro e das novas gerações.

Desde a antiguidade, a relação de filiação é o vínculo mais importante da união e aproximação das pessoas. Constitui um liame inato, emanado da própria natureza, que nasce instintivamente e se prolonga ao longo da vida dos seres humanos, embora se atenuie o sentimento com o passar do tempo.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, jun-jul. 2004, p. 138.

<sup>44</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

<sup>45</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

<sup>46</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 404.

Entende-se por filiação a relação existente entre o filho e as pessoas que o geraram ou o adotaram.

Antes do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, os filhos se classificavam como legítimos, legitimados e ilegítimos. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais e espúrios. Os filhos classificados como espúrios subdividiam-se em incestuosos e adúlteros.

Oportuno referir que somente com a Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º que adveio a igualdade de filiação:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.<sup>47</sup>

Ademais, o Código Civil de 2002 também relata a isonomia entre os filhos, oriundos ou não do matrimônio.

O Código Civil de 1916 estabelecia distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos. Filhos legítimos eram os nascidos de casal unido pelos laços do casamento. Quando os filhos não procedessem de justas núpcias, isto é, quando não houvesse casamento entre os genitores, se diziam ilegítimos. Os filhos ilegítimos classificavam-se em *naturais* e *espúrios*. Eram havidos como naturais (*naturalis tantum*) quando nascidos de homem e mulher entre os quais não existisse impedimento matrimonial (*ex solutoel soluta*); espúrios, quando nascidos de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção. Se o impedimento decorresse de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade, conforme enumeração constante do art. 183. N. I a V, do Código Civil de 1916, os filhos eram havidos como *incestuosos*; se o impedimento se relacionasse com a existência de casamento anterior de uma dos genitores com outra pessoa e violação, destarte, do dever de fidelidade, os filhos eram tidos como *adúlteros*.<sup>48</sup>

A Carta Magna de 1988 em seu artigo 227, § 6º, bem como o artigo 1.596 do Código Civil, proibiram qualquer distinção e designação discriminatória referentes à

---

<sup>47</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2012.

<sup>48</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 2, 37 ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 301.

filiação, atribuindo os mesmos direitos aos filhos oriundos ou não do casamento. Preceituam os artigos que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.<sup>49</sup>

A distinção que existia não mais perdura, já que o atual ordenamento jurídico brasileiro veda qualquer designação que leve à desigualdade. Dentro deste contexto, filho será sempre filho, independente da natureza do relacionamento de seus pais, não interessando, portanto, a origem da filiação.

No que tange as noções gerais e conceituais de filiação, é notório que a mais relevante relação de parentesco existente na ciência jurídica é a que se estabelece entre pai/mãe e o seu filho, ou seja, a filiação é considerada um dos mecanismos de formação dos núcleos familiares e, por conseguinte, um dos mecanismos de realização da personalidade humana.

Nos dizeres de Luiz Roberto Assumpção:

Considerada a família como um mosaico da diversidade, ninho de comunhão de vida, percebe-se que a sua vocação para a realização pessoal de cada um de seus membros depende do respeito ao outro e da proteção das individualidades no coletivo familiar, conferindo condições de construção de identidade ao sujeito, o que é possível na medida em que se tem o outro como espelho.<sup>50</sup>

Por sua vez, Silvio Rodrigues diz que filiação é a “relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”.<sup>51</sup>

Todas as regras referentes a parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção e conceito de filiação, pois a relação de parentesco mais importante é a que se estabelece entre pais e filho.

Neste desiderato, Sílvio de Salvo Venosa reitera que:

Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto,

<sup>49</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2012.

<sup>50</sup>ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

<sup>51</sup>RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 297.

um fato natural. Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.<sup>52</sup>

Desta forma, após termos visto o conceito de família, os tipos existentes nos dias atuais, bem como o conceito e evolução da filiação em nosso país, passaremos a falar sobre a guarda e suas modalidades.

#### 1.4 Conceituando guarda

Quando falamos em guarda de filhos resta evidente uma separação dos pais. Porém, o rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade dos laços entre pai e filho, mãe e filho, bem como da convivência entre eles.

Tem toda razão Rodrigo da Cunha Pereira quando afirma que:

Certamente a mais importante decorrência do divórcio é a guarda dos filhos e a nova convivência familiar após o término do vínculo conjugal. Nosso sistema jurídico determina que a ruptura da conjugalidade não pode significar também ruptura dos vínculos entre a criança ou adolescente e seus pais. O menor deve ser tratado como pessoa em formação, sujeito de direito e não um objeto de negociação.<sup>53</sup>

Ainda para este autor:

A Constituição da República estabeleceu uma série de deveres para a família, principalmente no tocante as responsabilidades dos pais, visando à guarda e proteção desses menores, a fim de lhes proporcionar as necessárias condições de sua formação e desenvolvimento biopsíquico. Afinal, a família é o eixo da realização pessoal e afetiva de seus integrantes, e é neste *locus* que o sujeito se forma, estrutura-se psicologicamente, enfim, humaniza-se. O término de uma relação conjugal em nada deve mudar essa concepção. É preciso entender que a família não se dissolveu, mas tão somente a conjugalidade, isto é, a família nuclear passou a ser binuclear.<sup>54</sup>

A Constituição Federal assim como o Código Civil estabeleceram muitos deveres para a família, no que tange à responsabilidade dos pais, visando a guarda

<sup>52</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 223.

<sup>53</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ. Ed, 2011, p. 59.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 59-60.

e proteção dos filhos que são menores, proporcionando as condições básicas e necessárias para a sua formação e desenvolvimento emocional.

Preceitua o artigo 1.579 do Código Civil de 2002: “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.<sup>55</sup>

Neste sentido, o artigo 1.588 do mesmo código diz que “o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.”<sup>56</sup>

Já o artigo 1.632 do CC/02 aponta que “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”.<sup>57</sup>

Por sua vez, o artigo 1.636, também do referido código preleciona que “o pai ou mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quantos aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.<sup>58</sup>

Insta salientar que com a dissolução da união do casal não se leva a cisão dos direitos e deveres com relação aos seus filhos, já que “o rompimento da relação da conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afastado pela separação”.<sup>59</sup>

Nas palavras de José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, “o estado de família é indisponível”<sup>60</sup>, ou seja, por mais que se dissolva a relação entre o casal sempre permanecerá o vínculo entre os genitores e seus filhos.

No artigo 1.634 do Código Civil, encontramos as informações referentes aos atributos da autoridade parental, não existindo qualquer ressalva de que tais atribuições devam ser só do pai ou da mãe mas sim, de ambos:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:  
I - dirigir-lhes a criação e educação;  
II - tê-los em sua companhia e guarda;

---

<sup>55</sup>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: 28 set. 2012.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 429.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, José Lamartine C. de e MUNIZ, Francisco José. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990, p.34.

- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira:

A guarda é atributo do poder familiar, mas não se restringe a ele. Sua existência não está vinculada ou desvinculada da conjugalidade existente entre os pais. Sendo a guarda componente da estrutura da autoridade parental, e, não se operando modificação no exercício do poder familiar na ausência de convivência conjugal entre os pais, tais obrigações não são inerentes apenas ao detentor da função guardiã. Ou seja, independentemente do divórcio, a função parental e a guarda jurídica persistem para ambos os pais.<sup>61</sup>

Da mesma forma é o entendimento de Maria Berenice Dias:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais. Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações da paternidade.<sup>62</sup>

Com isso, resta claro que os pais possuem um papel extremamente importante na vida de um filho, independente de quem é o guardião. A legislação brasileira prevê três modelos de guarda: a unilateral, a compartilhada e a deferida a terceiros.

Portanto, passaremos a análise das guardas unilateral, compartilhada, alternada e aninhamento ou nidação, modalidades de guarda previstas na Constituição Federal ou na doutrina e em voga na atualidade.

---

<sup>61</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ. Ed, 2011, p. 61-62.

<sup>62</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 429-430.

#### 1.4.1 Guarda Unilateral ou Exclusiva

Conhecida também como guarda uniparental, essa modalidade de guarda é aquela atribuída a um dos genitores devendo ser outorgada àquele que reunir melhores condições para exercê-la.

Preceitua o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583 que:

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

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;  
II - saúde e segurança;  
III - educação.

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

Destaca-se que a guarda unilateral talvez seja a modalidade mais tradicional das guardas já que culturalmente as decisões dos tribunais sempre recaiam para a mãe.

Com efeito, Rodrigo da Cunha Pereira aponta que:

A guarda unilateral pode decorrer da separação fática, judicial ou do divórcio dos pais; como pode advir do abandono de um ou de ambos os genitores, do óbito de um genitor, e também por consequência da paternidade não revelada, própria da modelagem monoparental.

Mas, separados os pais, impõe-se a guarda a pelo menos um dos genitores, geralmente selecionado pelo prisma dos melhores interesses dos filhos. A guarda ideal, nestes casos, deve ser definida por acordo dos pais, na ruptura conjugal de sua união, ou por sentença judicial se os genitores não se encontram aptos a discernirem na identificação dos melhores interesses de seus rebentos.

Ao contrário do direito experimentado na década de 1960, não mais interfere na custódia a culpa de um dos cônjuges pelo fracasso do casamento, sendo elemento determinante o bem-estar do menor.<sup>63</sup>

A guarda unilateral tem por objetivo evitar conflitos entre os pais, tendo em vista que os mesmos não compartilham das decisões sobre a vida e a educação do filho, assim como impedir que o infante seja usado como arma no conflito entre eles.

A determinação sobre qual dos genitores será atribuída a guarda, poderá ser feita através de um acordo entre eles (que poderá ser homologado posteriormente

---

<sup>63</sup>MADALENO, Rolf Hanssen. A Criança no novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.343.

pelo juiz e promotor) ou de uma decisão judicial, respeitando o princípio de quem poderá melhor exercê-la bem como no interesse e bem estar da criança.

Em nossa sociedade, a guarda unilateral ainda é o modelo mais tradicional e é, geralmente, atribuída à mãe. Na maioria dos casos são elas que ficam guardiãs dos filhos, especialmente os pequeninhos. Ao outro, cabe o direito de visitas, não competindo a ele o direito de decisão e escolha na vida do filho.

Importante destacar que neste modelo não se exige que o guardião consulte o não guardião para tomadas de decisões relativas ao menor de idade, não havendo um contato contínuo com aquele que não detém a guarda, consequência essa que pode afastar o genitor do seu filho.

#### 1.4.2 Guarda Alternada

Na guarda alternada são os menores que trocam de residência e os pais revezam a titularidade da guarda, exercendo-a integralmente e isoladamente no período em que o menor estiver em seu pátrio poder.

Habitualmente o revezamento entre o pai e a mãe se dá de forma igualitária.

Nesse diapasão Rodrigo da Cunha Pereira aduz que:

Costuma-se dividir o tempo da criança, de forma igualitária, entre cada um dos pais. Por exemplo: a criança habita um mês na casa de cada genitor, alternadamente. Durante esse tempo, o filho reside com apenas um e visita o outro. O genitor responsável naquele período seria o único detentor da autoridade parental.<sup>64</sup>

No entanto, no mesmo sentido há estudos que apontam que esta modalidade de guarda gera uma instabilidade emocional muito grande na vida do menor de idade, tendo em vista o mesmo possuir duas casas, dois quartos e assim por diante. Como bem observa Maria Antonieta Pisano Motta, “esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança”.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ. Ed, 2011, p. 61-67.

<sup>65</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Diretrizes Psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord.). **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de Estudos 2, p. 197-213. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.<sup>66</sup>

Há outros que acreditam ser a forma de guarda mais justa, já que os direitos e deveres dos guardiões são divididos e contemplados de forma simétrica. Disse Waldyr Grisard Filho que “a vantagem oferecida por este modelo, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda”.<sup>67</sup>

Assim, enquanto um dos genitores exerce a guarda sobre o filho, o outro o visita e no período inverso, o visitador passa ser o guardião e o guardião o visitador. É uma divisão pela metade, em que o ex-casal se obriga, por lei, a dividir o tempo passado com o filho em partes iguais.

#### 1.4.3 Aninhamento ou Nidação

Neste modelo de guarda, são os filhos que ficam fixo na residência e os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde residem os filhos menores, em períodos alternados de tempo. É o contrário da guarda alternada.

A expressão nidal vem do latim *nivus*, que significa ninho, nido ou nidi. Traz consigo o sentido de que os filhos permanecerão no “ninho”, e os pais é quem se revezarão, isto é, a cada período, um dos genitores ficará com os filhos na residência original do casal. Em razão da alternância dos pais na residência que ficou para os filhos, esta modalidade de guarda costuma ser confundida com a guarda alternada. Entretanto, na alternada, são os filhos que mudam de casa. Não há nenhuma proibição para este tipo de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, mas, em função dos aspectos práticos para os pais, ela é pouco utilizada.<sup>68</sup>

Como é considerada um modelo mais raro de guarda, não perderemos tempo em esclarecer mais informações a respeito da mesma, tendo em vista que o aninhamento ou nidação não está previsto no nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>66</sup> FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 5 ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

<sup>67</sup> Ibid., p. 126

<sup>68</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ. Ed, 2011, p. 69.

#### 1.4.4 Guarda Compartilhada ou Conjunta

A guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda no qual os genitores dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao menor de idade. “A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”.<sup>69</sup>

Neste diapasão, a guarda compartilhada é uma modalidade a qual estabelece que ambos os pais terão uma co-responsabilização igualitária e conjunta na vida do filho. Sendo assim, não há a figura de um único guardião. Tem-se o compartilhamento das tarefas referentes à manutenção e cuidados com os filhos menores<sup>70</sup>.

Na atualidade, este tipo de guarda passou a ser uma regra preferencial pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, muito embora ela já pudesse ser aplicada sob o aspecto constitucional. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.<sup>71</sup>

A guarda compartilhada representa uma grande conquista para a sociedade brasileira e destaca a importância do vínculo parental, dando oportunidade aos genitores de dividirem a responsabilidade sobre seus filhos.

---

<sup>69</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

<sup>70</sup>DOMINGUES, Ana Luísa Bueno. **Guarda compartilhada**. Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 3, n. 1, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32435>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

<sup>71</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5.ed.,rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.401.

Não iremos nos deter mais especificadamente sobre essa modalidade de guarda neste capítulo, tendo em vista a mesma ser o nosso objeto de estudos do próximo capítulo.

## **2 GUARDA COMPARTILHADA**

Neste capítulo, foi analisado mais a fundo o Instituto da guarda compartilhada, bem como sua possibilidade jurídica. Por fim, foram analisadas as entrevistas realizadas com os Juízes e Promotores que estão atuando na área de família ou que atuaram nos últimos cinco anos, na Comarca de Santa Maria.

### **2.1 Aspectos Gerais**

Inicialmente, registra-se que nas últimas décadas a sociedade ficou marcada pelas diversas transformações sociais que ocorreram tanto no Brasil como no mundo e, com isso, o Instituto do Direito de Família acabou passando por grandes e profundas mudanças, para que pudesse acompanhar a evolução da sociedade como um todo.

Sendo assim, conforme já demonstrado anteriormente, o próprio conceito de família, que antigamente era baseado no matrimônio e no pátrio poder, deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução e passou a abranger outras possibilidades de formação, desvinculando-se do antigo modelo patriarcal para dar espaço ao companheirismo, ao amor e ao afeto.

Destarte, analisando as previsões legislativas da antiguidade, notamos que a guarda estava diretamente ligada à culpa pelo fim do casamento, estando o destino dos filhos intrinsecamente relacionado à causa da dissolução do casamento dos pais, ou seja, se um dos genitores fosse considerado culpado pelo fim do relacionamento, além das consequências advindas do desrespeito dos deveres conjugais, também estaria condenado a perder a companhia dos filhos.

Entretanto, com o passar dos anos, essa ótica foi mudando, ao passo que os menores – denominados de crianças - começaram a ser tratados como “sujeitos de direito”, de acordo com o que preceituavam os tratados internacionais, tendo seus direitos elevados a um nível de superioridade e, principalmente, prioridade em relação aos demais sujeitos.

Dessa forma, tem a guarda a obrigação de proteger o menor, conforme também preleciona a Constituição Federal de 1988 em seu Art. 227<sup>72</sup>, o qual denomina o dever de que sejam assegurados ao menor a dignidade e o direito à convivência familiar.

Por derradeiro, narra Luis Otávio S. Furquim que “é importante salientar que quando o casamento termina, rompe-se o vínculo conjugal, mantendo-se relação parenteral, que será compartilhada para sempre entre pais e filhos”.<sup>73</sup> Dessa feita, diante da referida evolução que houve na sociedade e no ordenamento jurídico, surgiu a efetivação de um novo Instituto de padrão contemporâneo no Direito de Família, o qual ficou denominado de Guarda Compartilhada. Ressalta-se que o referido Instituto já vem sendo utilizado em várias partes do mundo, além do Brasil, como na Europa e nos Estados Unidos da América, sendo um instituto novo em face dos problemas sentimentais, emocionais, morais, psicológicos e sociais do ser humano.

Da mesma sorte, a doutrinadora Fabiola L. Gómez observa com inteira prioridade, sobre o assunto:

Em realidade, a guarda sempre foi compartilhada entre os pais, tanto em situações de normalidade matrimonial como nos casos de ruptura, só que na constância do relacionamento afetivo dos pais o exercício do poder familiar ocorre de forma simultânea, porque a custódia da prole é conjunta e na ocorrência da separação dos pais, seu exercício é sucessivo ou alterado.<sup>74</sup>

Denota-se, portanto, que a guarda compartilhada busca assegurar o melhor interesse do menor de idade, com o intuito de proteger o mesmo e permitir o seu normal desenvolvimento, tornando adequada e equilibrada a formação da sua personalidade.

Ademais, busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa

---

<sup>72</sup> Art. 227 da Constituição Federal preceitua que: “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”.

<sup>73</sup> FURQUIM, Luis Otávio Sigaud. Os Filhos do Divórcio. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI, n. 254, p. 52, 15 ago. 2007.

<sup>74</sup> GÓMEZ, Fabiola Lathrop. **Custodia Compartida de los Hijos**. Madrid: LaLey, 2008. p. 279.

e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.<sup>75</sup>

O sentido da guarda compartilhada também é muito bem explicado pelo doutrinador brasileiro Ênio Zuliani que ressalta:

Os pais devem tomar decisões harmoniosas para que os filhos não se lembrem da separação, sendo que deles é exigida a doação do tempo para cuidados básicos e complementarem e perfeita aceitação do gerenciamento dúplice, o que recomenda delegar poderes, aceitar sugestões e, principalmente, quando necessário, ratificar medidas indicadas pelo ex-cônjuge ou sugerir outras melhores e que possam ser endossadas sem desenvolvimento de crises.<sup>76</sup>

Waldyr Grisard Filho também classifica a guarda compartilhada como sendo:

[...] um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum, quando fragmentada a família. De certo modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.<sup>77</sup>

Dessa maneira, é notório que o objeto principal e a importância maior do Instituto da guarda compartilhada estão ligados ao fato de que se possa permitir à criança, o benefício de gozar de uma convivência subordinada, mas adequada com a situação anterior de normalidade conjugal vivida, isto é, trata-se de uma modalidade de guarda jurídica que atribui aos genitores uma possibilidade de diminuir o impacto negativo da separação ou do divórcio dos pais no relacionamento com os seus filhos.

Insta salientar, ainda, que a supracitada modalidade de guarda autoriza legalmente e resulta na possibilidade dos genitores tomarem as decisões necessárias tanto para a vida, quanto para a educação e sustento da prole, de maneira conjunta, fazendo com que ambos estejam presentes no cotidiano dos seus filhos e possam dividir os direitos e deveres emergentes do Poder Familiar. Entende-se, assim, que o genitor que não detém a guarda física do menor de idade não está

<sup>75</sup>NEIVA, Deirdre. **A Guarda Compartilhada**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: < <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=10&IsTextold=2002396541>>. Acesso em: 25 de novembro de 2012, p. 10.

<sup>76</sup>ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda compartilhada e visitas: a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visita-lo, como estabelecido. **Revista Lex do Direito Brasileiro**, São Paulo, Lex, v. 43, p. 147, jan-fev. 2010.

<sup>77</sup>FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 126.

limitado a supervisionar a sua educação, sendo necessário que ele participe efetivamente das decisões necessárias para o perfeito desenvolvimento da vida da prole.

Importante comentário faz Waldyr Grisard Filho em relação ao tema:

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendida.

A tendência *adulto centrista*, que marcava as disposições do Código Civil, cedeu lugar, nas sociedades modernas, ao reexame da situação dos filhos, que, de repente, são separados do pai e da mãe ou de uma parte da família. A separação, pois, não deve repercutir no desempenho de suas funções parentais, para as quais não há divórcio. Os filhos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família segue existindo, alquebrada, mas não destruída.

Com vistas a garantir o melhor interesse do menor e ao desaparecimento da noção de culpa, que retira o caráter conflituoso das separações, passou-se a rever a questão da autoridade parental, a partir do aponte de outras disciplinas, como a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, a pediatria, dos assistentes sociais, com nítida intenção de realçar uma autoridade que compete ao casal, aos pais, para atenuar as consequências injustas que o monopólio da autoridade parental do guardião único provoca.<sup>78</sup>

Diante disso, tratando-se de relação entre pais e filhos, bem como sendo uma possibilidade de atenuar o sofrimento destes, importante mencionar, também, o entendimento das pessoas especialistas em psicologia e psicanálise, para que seja feita uma melhor análise sobre o positivismo da modalidade de guarda compartilhada. Para tanto, depreende-se que a especialista, psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta discorre que:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo *dever* de guarda dos filhos.<sup>79</sup>

Já por sua vez, o psicanalista Sérgio Eduardo Nick conceitua e formula uma noção de guarda compartilhada ao afirmar:

<sup>78</sup>FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 162–163.

<sup>79</sup>MOTTA, M.A.P. Guarda Compartilhada: Uma solução possível. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, a. 2, n. 09, p. 19, jan.–fev. 1996.

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (‘joint custody’, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (‘sole custody’, em inglês).<sup>80</sup>

De acordo com tudo que já foi exposto, acentua-se que o Instituto da guarda compartilhada trabalha com a ideologia diferente dos outros diversos tipos de guarda, uma vez que busca privilegiar a continuidade da relação da criança com os seus dois genitores após a separação, estando ambos responsáveis nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do filho, ou seja, os demais modelos de guarda não prevêm e nem atendem a esse tipo de exigência e expectativa.

Dessa maneira, mesmo após a separação, os filhos continuam com os seus pais, fazendo o possível para tomar as melhores decisões para a sua vida, mantendo-se a ligação emocional entre todas as partes envolvidas (filho-pai e filho-mãe).

O genitor periférico – aquele que não detém a guarda -, dos encontros esporádicos, matematicamente marcados no calendário, é um sério candidato à evasão da paternidade (visto que a guarda unilateral é majoritariamente atribuída à mãe) e, de consequência, a tornar-se um genitor ausente no cotidiano do seu filho, sendo que a família moderna está totalmente contrária ao modelo excessivamente rígido do século passado, pois atualmente o centro do afeto entre seus membros e, obviamente, entre pais e filhos.

Sendo assim, as vantagens do referido modelo de guarda estão claramente ligadas ao fato da mesma atribuir aos genitores da criança uma obrigação jurídica, onde ambos são responsáveis de maneira igual e nas mesmas proporções de todos os direitos e os deveres dos filhos, acarretando em uma ampla colaboração entre os pais, ao passo que as decisões em relação à vida e ao futuro da criança devem ser tomadas conjuntamente pelos mesmos, ao contrário de outras modalidades como, por exemplo, a guarda alternada, em que cada genitor decide de maneira sozinha durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda sobre os assuntos inerentes aos seus filhos.

---

<sup>80</sup>NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: Um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In BARRETO: Vicente (Coord.) **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135.

A guarda compartilhada acarreta na elevação da satisfação tanto dos pais quanto dos filhos e termina com a necessidade de se tomar uma decisão em relação a qual dos genitores é mais confiável para que seja designada a guarda da criança, elevando, assim, a confiança entre os pais que reconhecem que o ex-cônjuge tem a mesma importância, evitando que a criança tenha que tomar a decisão supracitada (com qual dos genitores gostaria de ficar).

Nesse sentido, Waldyr Grisard Filho preceitua que a colaboração dos genitores serve de benefício para os filhos, vejamos:

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação entre os pais leva um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentemente.

Nesse contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade das relações pais-filhos e a não exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.<sup>81</sup>

Por outro lado, em relação aos genitores, a guarda compartilhada traz aos mesmos, inúmeras e múltiplas vantagens, uma vez que além de manter os cuidados e a guarda o melhor interesse dos filhos, também proporciona a tomada de decisões conjuntas, compartilhando o trabalho e a responsabilidade, bem como mantendo a sequência das relações entre cada um deles e seus filhos.

Entretanto, o instituto da guarda compartilhada também acarreta grandes desvantagens, uma vez que não estamos diante de uma solução perfeita e acabada para a prole. Tanto é verdade que nem mesmo a família originalmente composta da criança está imune a erros, limitações e dificuldades.

Denota-se, assim, que não existe nenhum tipo de instituto ou modalidade de guarda que seja efetivamente uma solução para os problemas da família, diante do fato de que não pode ser garantido de forma absoluta pelo juiz, nem mesmo pelos profissionais que atuam nos casos particulares, que a escolha do tipo de guarda vai

---

<sup>81</sup>FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 187.

ser perfeita para o melhor interesse e o melhor crescimento do filho, até porque o que pode funcionar para uma família pode causar problemas para outras.

Dentro do contexto da guarda compartilhada, é importante que seja ressaltado que os diferentes planos de acesso só terão sucesso se os pais proporcionarem aos filhos continuidade de relação sem exposição das lutas pelo poder. Nesse diapasão transcreve Waldyr Grisard Filho:

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 aos 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.<sup>82</sup>

Diante dessa perspectiva, os pesquisadores Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki<sup>83</sup> fizeram um estudo relacionado às vantagens e às desvantagens interpretadas em uma perspectiva dos pais e dos filhos, vejamos:

<b>VANTAGENS</b>	
<b>PAIS</b>	<b>FILHOS</b>
a) Ambos os pais se mantêm guardadores;	a) Convivência igualitária com cada um dos pais;
b) qualificação na aptidão de cada um deles;	b) inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais;
c) equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional;	c) não há pais periféricos e há maior comunicação;
d) compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho;	d) menos problemas de lealdades;
e) maior cooperação.	e) bom modelo de relações parentais.

<sup>82</sup> FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 194.

<sup>83</sup> OPPENHEIN, Ricardo; SZYLOWICHI, Suzana. Partir o Compartilhar a tenência: es posible compartir la tenência de los hijos em caso de divorcio? Derecho de Família. **Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudência**, Buenos Aires, v. 5, p. 73-80, 1995.

<b>DESVANTAGENS</b>	
<b>PAIS</b>	<b>FILHOS</b>
a) Maiores custos (moradias apropriadas);	a) Adaptação a duas moradias;
b) permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar;	b) problemas práticos ou logísticos.
c) constante adaptação;	
d) necessidade de um emprego flexível.	

Portanto, conforme amplamente demonstrado, o entendimento tanto dos doutrinadores quanto dos pesquisadores, segue na linha de que não há uma unanimidade em relação a qual modalidade de guarda é melhor para o desenvolvimento e para o melhor interesse da prole, diante do fato de que cada família tem uma história e uma maneira de viver, sendo que a grande maioria segue a corrente de que a guarda compartilhada, em um contexto *lato sensu*, engloba um conjunto de vantagens muito maior do que o conjunto de desvantagens.

## **2.2 Da Possibilidade Jurídica (Lei n. 11.698/2008)**

No que tange a legislação pertinente, insta mencionar que a doutrina e a jurisprudência há bastante tempo já vinham aplicando na prática a modalidade de guarda compartilhada, visto que a justificativa é de o referido instituto buscar sempre manter a harmonia familiar e o melhor interesse da prole, o que é uma possibilidade de atenuar o sofrimento dos filhos pela separação ou pelo divórcio. Nesse passo, no ano de 2008 foi editada uma lei específica para regulamentar a matéria anteriormente citada.

Sendo assim, a Lei 11.698/08 veio a consagrar expressamente e alterar o Código Civil Brasileiro para aplicar o Instituto da guarda compartilhada, ou seja, com o reconhecimento legislativo, houve a fixação e o reconhecimento uníssono acerca da existência da supramencionada modalidade de guarda. Para um melhor

esclarecimento, insta salientar que a referida lei foi promulgada para modificar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro de 2002, os quais passaram a vigorar da seguinte maneira:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º (VETADO).” (NR)

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)<sup>84</sup>

Denota-se, portanto, que com a promulgação da Lei 11.698 de 2008, o legislador implementou ao ordenamento jurídico brasileiro o Instituto da guarda

---

<sup>84</sup>BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 1988. 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: 09 nov. 2012.

compartilhada, caracterizando e conceituando a mesma como sendo a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, relativo ao poder familiar dos filhos comuns.

Dessa maneira, antigamente os magistrados entendiam que, como não havia legislação expressa para regulamentar a modalidade de guarda compartilhada, não havia como ser deferido o pedido dos genitores para que fosse aplicado tal instituto, sendo que a Lei supracitada foi promulgada exatamente para sanar o referido vício, não havendo qualquer óbice ou problema para a sua aplicação, buscando-se sempre o amparo dos Princípios do Melhor Interesse da Criança e da Igualdade de Direito e Deveres entre Homens e Mulheres.

Por conseguinte, outro ponto que merece ser destacado é o fato de que com a entrada em vigor da Lei 11.698 de 2008, não há mais como ser confundida a modalidade de guarda compartilhada com as demais modalidades existentes, uma vez que a alteração dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro (que ocorreu com a promulgação da referida Lei) deixam claro o conceito e a caracterização deste instituto.

## **2.3 Casos Práticos**

### **2.3.1 Metodologia**

A pesquisa realizada foi de caráter qualitativo, uma vez que buscou verificar se os juízes e promotores da Comarca de Santa Maria estão aplicando a guarda compartilhada aos casos concretos e se, conseqüentemente, acreditam ser ela a alternativa mais adequada para um filho no caso da separação de seus pais.

A pesquisa foi realizada nas dependências do Fórum e na Promotoria da Comarca de Santa Maria/RS, o qual é composto por duas Varas de Família e duas Promotorias da mesma área. Cada Vara e cada Promotoria possui um juiz e um promotor titular.

O instrumento utilizado para a realização da pesquisa foi a entrevista semi-dirigida de questões abertas.

Turato (2003)<sup>85</sup> caracteriza a entrevista semi-dirigida por um encontro interpessoal entre entrevistador e entrevistado, no qual os papéis de cada um desses personagens ficam bem definidos, no sentido de que o entrevistador é o responsável pelo encontro e o entrevistado é um convidado a expressar suas opiniões.

As entrevistas foram gravadas e posteriormente transcritas na íntegra. A apreciação dos dados se deu a partir dessa transcrição. A análise utilizada foi a qualitativa, utilizando-se a análise de conteúdo proposta por Bardin (1977)<sup>86</sup>, a qual se caracteriza por um conjunto de instrumentos metodológicos que se aplicam aos discursos, analisando as comunicações, decompondo-as e elencando categorias.

Inicialmente, previa-se a realização de sete entrevistas. Porém, integraram o estudo quatro pessoas, a saber: três juízes (dois em atuação e um que já atuou na Vara de Família) e um promotor atuante na mesma área. Oportuno referir que os demais não participaram do estudo tendo em vista dois juízes não morarem mais nessa cidade e uma promotora negar-se a participar da entrevista.

### 2.3.2 Descrição e análise das entrevistas

É importante ressaltar que algumas citações e considerações dos autores, apresentadas anteriormente, serão aqui retomadas para a análise das respostas.

A primeira pergunta feita aos entrevistados referia-se a sua experiência de atuação na Vara de Família no que tange a percepção na relação parental após uma separação conjugal.

Convém referir que o rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade dos laços entre pai e filho, mãe e filho, bem como da convivência entre eles e percebemos, através das entrevistas, que isso não ocorre na prática: *“de maneira geral assim ela é bem variável. Há casos em que há uma relação mais civilizada em que o ex-casal consegue continuar conversando e mantendo contato em relação aos filhos, a criação e educação deles e até outros casos bem mais no outro limite em que há um atrito que não permite nem o diálogo e casos intermediários entre essas duas situações. Então é bem variado e depende do estado emocional das pessoas, da maturidade, varia bastante”*.

---

<sup>85</sup>TURATTO, E. R. **Tratado de metodologia da pesquisa clínico-qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2003.

<sup>86</sup>BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

Um dos entrevistados respondeu: *“isso depende da formação educacional dos pais, uma pós-separação pode se dar de forma civilizada, mas também pode se dar de forma umbilicosa. Aqui na vara de família se vê das duas formas”*.

Já para outro entrevistado *“a nossa realidade é do que dá errado, o que dá certo fica na vida e não vem para dentro do Fórum. Aqui para dentro vem as famílias de regras disfuncionais, especialmente agora com a possibilidade de os casais fazerem o divórcio por via extrajudicial, nos cartórios. O que a gente vê é um despreparo muito grande de pais, mães e casais para enfrentar tanto os problemas que a vida apresenta quanto, especialmente, as suas responsabilidades com o exercício adequado da parentalidade”*.

Como bem observou outro entrevistado: *“o que chega até mim é a discussão, é o interesse financeiro porque acham que aí vai ter que diminuir pensão, é para incomodar também”*.

Notamos que muitas vezes a dissolução do vínculo conjugal acaba por prejudicar a relação entre pai e filho ou mãe e filho. São as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Certamente a mais importante decorrência do divórcio é a guarda dos filhos e a nova convivência familiar após o término do vínculo conjugal. Nosso sistema jurídico determina que a ruptura da conjugalidade não pode significar também ruptura dos vínculos entre a criança ou adolescente e seus pais. O menor deve ser tratado como pessoa em formação, sujeito de direito e não um objeto de negociação.<sup>87</sup>

Porém, não foi o que se observou nas respostas das entrevistas, já que muitas vezes o casal não tem maturidade para enfrentar os problemas oriundos do rompimento da relação além de serem despreparados para os desafios que a vida lhes impõem.

Para Luis Otávio S. Furquim *“é importante salientar que quando o casamento termina, rompe-se o vínculo conjugal, mantendo-se relação parenteral, que será compartilhada para sempre entre pais e filhos”*.<sup>88</sup>

A segunda pergunta vem de encontro à primeira e reportava as principais dificuldades de atuação nesses casos envolvendo a guarda dos filhos menores.

---

<sup>87</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ. Ed, 2011, p. 59.

<sup>88</sup>FURQUIM, Luis Otávio Sigaud. Os Filhos do Divórcio. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI, n. 254, p. 52, 15 ago. 2007.

*“A principal dificuldade é as pessoas compreenderem que precisam colocar o interesse dos filhos acima de ressentimento que possa ter havido, de mágoas, de problemas que restaram após a separação do casal. Muitas vezes não há essa consciência por parte das pessoas que acabam prejudicando os filhos.... é muito difícil fazer as pessoas se conscientizarem disso, precisaria ter um trabalho e acompanhamento maior, uma estrutura melhor pra conseguir isso”.*

Nas palavras de outro entrevistado: *“acredito que das ações da vara de família o principal problema é esse aí, o principal problema reside na disputa da guarda e ela quando vem, ela vem de forma acentuada e é uma disputa muito aguerrida e o lamento maior é que fica uma criança entre o mar e o rochedo, como se fosse um brinquedo, cada um puxando por um braço. Então nessas disputas é evidente que quem perde é a criança”.*

Já, outro entrevistado respondeu serem vários os problemas enfrentados: *“São vários. As pessoas têm dificuldade de encarar ou de diagnosticar os verdadeiros problemas, muitas vezes o que vem pra cá é uma representação dos problemas, é uma simbologia dos problemas, os problemas muitas vezes ou diversas vezes não são enfrentados e por isso que a gente vê processos que se repetem, é por isso que a gente vê processos intermináveis, é por isso que a gente vê conflitos e inverdades intermináveis. As pessoas participam do processo, o processo inicia, os processos findam mas o conflito permanece latente ainda e outro problema grande que a gente enfrenta, que a gente vai precisar de uma geração pra modificar, é a consciência dos operadores jurídicos, é a nossa consciência de que a gente é limitado.*

Este mesmo entrevistado enfatizou que *“os advogados, juízes e promotores imaginam que têm a chave mágica, a varinha de condão para resolver os problemas das pessoas quando o direito pouco pode. A gente sempre dizia isso que a conduta mais responsável que o operador pode ter como primeiro passo é o de apontar a sala da terapia e do tratamento para seu cliente porque aí que ele vai ter condições de encarar os seus verdadeiros problemas”.*

Um dos entrevistados referiu o lado emocional dos infantes nesta disputa pela guarda: *“essas crianças quando estão nesses conflitos sofrem, como sofrem e vão ficar marcados no desenvolvimento da personalidade deles”.*

Sábias são as palavras de Maria Berenice Dias que corrobora com este entendimento:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.....Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações da paternidade.<sup>89</sup>

Com isso, está claro que os pais possuem um papel extremamente importante na vida de um filho, independente de quem é o guardião e que precisam colocar o interesse do filho acima de qualquer ressentimento que possa ter havido entre o ex-casal.

Nesse desiderato, passou-se a questionamentos mais específicos sobre guarda. A terceira pergunta questionava como o entrevistado percebia, na prática, a aplicabilidade da guarda compartilhada.

Para um dos entrevistados: *“na prática acho que é muito incipiente ainda, praticamente são exceções muito raras. Geralmente, a grande maioria dos casos é guarda unilateral porque há uma resistência das pessoas que não querem compartilhar a guarda com o ex-cônjuge e até mesmo por parte dos operadores do direito...há uma certa resistência também porque é uma coisa nova e as pessoas acham que não funciona, tem muita gente que tem essa mentalidade que não funciona e às vezes nem se tenta, nem se insiste em casos que, talvez, pudesse ser aplicado”*.

Outro entrevistado também acredita ser uma modalidade de guarda muito recente ainda: *“para te ser bem sincero, eu acho que vi um processo de guarda compartilhada aqui. Ela é a exceção da exceção. A regra geral é a guarda unilateral. A guarda compartilhada exige alguns fatores como morar na mesma cidade, o pai e a mãe morarem aqui, pois não tem como se fazer uma guarda compartilhada com uma mãe morando em Passo Fundo e um pai aqui. A guarda compartilhada pressupõe que os dois pais estejam zelando, cuidando do filho, dos interesses dos filhos na mesma cidade. É fisicamente impossível a guarda compartilhada com pais morando em locais geográficos distintos”*.

---

<sup>89</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 429-430.

Já outro entrevistado respondeu: *“ela é plenamente aplicável, sem dúvida, é um caminho possível, é um caminho que traz menos dor, que traz menos sofrimento, que traz um pouco mais de um horizonte sadio tanto aos pais mas especialmente quanto às crianças, mas quando ele realmente não é acompanhado de uma terapia é difícil a gente ver um sucesso, porque ela é um instituto que demanda muita responsabilidade, demanda, acima de tudo, muito jogo de cintura por parte dos pais porque fórmulas prontas não propiciam um crescimento saudável para os filhos, uma convivência saudável com o pai especialmente ou com a mãe que não convive diariamente com o não guardião e a gente sempre também referia que aquela formulazinha de finais de semana alternados não atende ao interesse da criança”.*

E mais: *“a guarda compartilhada aponta uma maior responsabilização dos pais com maior maturidade, um diálogo que muitas vezes não é possível, que não se cria crianças sem diálogo contínuo e constante, cria-se, mas cria-se mal. Uma criação saudável implica na divisão de todas as responsabilidades do exercício parental pelo guardião e pelo não guardião e só o que diferencia o guardião do não guardião é a tomada de pequenas decisões do dia a dia das crianças. É, por exemplo, qual a roupa que vai usar de manhã, qual vai ser o cardápio do café da manhã e do almoço. O resto todas as decisões importantes tem que ser tomada por ambos e isso implica muito diálogo”.*

Com o estudo a respeito do tema, sabemos que a guarda compartilhada é um tipo de modalidade de guarda na qual o pai e a mãe dividem a responsabilidade legal sobre os filhos menores e ao mesmo tempo compartilham as decisões, obrigações e deveres relativos ao infante.

Conforme visto anteriormente, são as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores

da responsabilidade e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica<sup>90</sup>.

Desse modo, a guarda compartilhada é uma modalidade que procura atenuar o sofrimento dos filhos, além de estabelecer que ambos os pais terão uma co-responsabilização igualitária e conjunta na vida do filho, não existindo, portanto, a figura de um único guardião.

Ainda nessa questão, alguns entrevistados fizeram os seguintes apontamentos: *“Eu tenho pouquíssimos casos de guarda compartilhada e eu lembro de cada um. Eu tenho até hoje cinco casos de guarda compartilhada”,* e mais: *“Normalmente a guarda compartilhada são pessoas quando pedem ou exigem de um nível econômico mais alto. O pobre se resolve com a pensão de 30 por cento do salário mínimo e a criança está com a mãe, porque o outro, na realidade, já está meio largado e paga a pensão e é isso”.* Também referiram: *“Tem poucos casos aqui, mas são assim, situações que o casal chegou no judiciário pedindo a homologação... eles já tinham acertado entre eles a guarda compartilhada”.*

Posteriormente, os entrevistados foram questionados em relação a sua própria opinião sobre essa modalidade de guarda. As respostas foram bem divididas, metade positiva e metade negativa. No sentido positivo responderam: *“eu, pessoalmente sou favorável, claro que há casos que não é possível, muitos casos em que não é possível porque a relação entre o ex-casal não permite. Eu sou favorável porque acho que é a modalidade de guarda que permite que os filhos sofram a menor alteração em relação à vida que eles tinham, menos impacto em decorrência da separação e por consequência, pra formação deles, psicológica e emocional... acho que é mais positivo porque eles não vão sofrer tanto com a separação dos pais, mas reconheço também que têm muitos casos que não permite que a guarda compartilhada seja aplicada.*

Outro entrevistado referiu ser um caminho possível: *“É o caminho possível, é o único modo que nós temos de, primeiro lugar, dividir um pouco o trabalho imenso que é criar crianças. A gente sabe, quem tem filhos sabe que criar filho na mesma casa, com harmonia e com dinheiro já é difícil. Criar filho num ambiente de conflito e*

---

<sup>90</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.401.

*tumulto é impossível que se vislumbre um futuro saudável . É o único caminho possível”.*

De outro norte, um entrevistado foi bastante pessimista em relação à essa modalidade de guarda ao afirmar: *“Alguns outros profissionais acreditam mais na guarda compartilhada do que eu, talvez por idealismo, por serem mais otimistas em relação ao ser humano. Eu já estou um pouco cansado do ser humano, então eu acabo analisando mais o que acontece do que efetivamente deveria acontecer. Pra mim a guarda compartilhada, a que funciona, é consenso do casal”.*

Este entendimento “do consenso do casal” vem ao encontro do inciso I do art. 1.584 da Lei 11.698/2008 que diz: *“a guarda unilateral ou compartilhada poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar<sup>91</sup>”.*

Outro entrevistado foi muito enfático ao dizer: *“Geralmente não dá certo, essa é minha opinião”.* E mais: *“muitos operadores, promotores, juízes e advogados não querem, acham que não vai funcionar”.*

Ainda nessa pergunta, responderam: *“Na verdade a guarda compartilhada não precisa de papel, mas tudo bem, por uma questão moral ou sei lá porque as pessoas queiram, se homologa. Quando vem guarda compartilhada eu nem questiono, eu homologo, salvo quando tem alguma cláusula absurda”; “o nome já diz, compartilhar e não significa uma hora tu paga e outra hora eu pago, mas nós pagamos sempre”.*

Razão assiste a um dos entrevistados quando diz que *“a guarda compartilhada não significa absolutamente a divisão da presença física. É a essência que é compartilhada e as pessoas confundem com o aspecto físico de ficar mais com um ou mais com outro. Sempre vai ficar mais com um ou com o outro, não tem nem como ter essa divisão”.* E mais *“a guarda compartilhada não significa que não haja pensão, a lei não fala nada disso, a lei só fala que irão compartilhar direitos e deveres do pátrio poder, do poder paternal e não fala do resto. Pode haver discrepância muito grande da condição econômica do pai e da mãe e se ter pensão”*

---

<sup>91</sup>BRASIL. **Lei nº 11.698** de 13 de junho de 2008. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: 09 set. 2012.

Quando questionados quais eram as vantagens e desvantagens do modelo, responderam: *“As vantagens seriam o menor impacto e a participação dos dois pais porque acho que os dois têm que ter seus direitos e suas obrigações e com a guarda compartilhada os dois continuariam exercendo isso de maneira semelhante”*.

Um entrevistado destacou ainda que *“a vantagem maior, acho que a única vantagem, é que o menor, o infante se vê sobre o abrigo de pai e mãe. É como aquele lar que foi dissolvido mas que, aparentemente, ainda guarda algum resquício de união.”*

Dentro deste contexto, um entrevistado ressaltou: *“são só vantagens, as desvantagens são criadas pelas pessoas, na verdade não são desvantagens, são problemas que as pessoas criam pra si que é essa necessidade continua de diálogos, de contato que muitas vezes ainda por conta de mágoas e desdobramentos do fim do relacionamento não propicia os pais. A gente sempre dizia quando as pessoas falavam em audiência: haa!!!, mas com aquela não tem conversa!!! E eu dizia: resposta errada porque isso não pode existir, quem tem filhos juntos vai ter que conversar, dialogar e construir o resto da vida. Quem não teve filho aí sim, vai cada um para o seu lado. O dialogo é sempre indispensável, mas é o único modo de não sobrecarregar a mulher, especialmente na nossa cultura. É o modo de dar ao homem também a possibilidade de assunção do exercício responsável da sua parentalidade e é a possibilidade das crianças se sentirem cuidadas, por ambos, que é o que nos aponta um futuro adequado.”*

Como vimos no início deste capítulo, as vantagens da guarda compartilhada estão ligadas ao fato de atribuir aos genitores do menor uma obrigação jurídica, no qual ambos são responsáveis de forma igual e simétrica em relação aos direitos e deveres dos filhos desencadeando, por assim dizer, em uma ampla colaboração entre os pais, ao passo que as decisões em relação à vida e ao futuro da criança devem ser tomadas conjuntamente pelos mesmos, muito diferente de outras modalidades de guarda como a alternada em que cada guardião decide a “vida” do filho no período em que estiver com ele.

Waldyr Grisard Filho compartilha do mesmo entendimento em relação aos benefícios da guarda compartilhada:

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação entre os pais leva um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentemente.

Nesse contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade das relações pais-filhos e a não-exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.<sup>92</sup>

Já em relação aos pontos negativos, responderam: *“No plano teórico tu não vê as desvantagens, mas acho que alguns casos poderia não funcionar quando a relação entre o casal não permite ou quando o pai e a mãe não tenha a maturidade para isso. A desvantagem que pode se verificar é na prática, nos casos em que não é adequado, mas não no plano teórico. Me parece que é sempre positivo”*.

No entendimento de outro entrevistado: *“Não há como se fazer uma guarda compartilhada com um pai e uma mãe distantes geograficamente”*.

Na mesma linha, transcreve Waldyr Grisard Filho:

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 aos 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.<sup>93</sup>

Assim, percebemos que não existe nenhuma modalidade de guarda que seja efetiva e que vá solucionar todos os problemas da família ocasionados pela ruptura do casal. A escolha da modalidade de guarda mais adequada deve respeitar, sempre, o melhor interesse da criança até porque modelos prontos não existem e o que pode ser melhor para uma criança e uma determinada família pode não ser para outra família.

<sup>92</sup>FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 187.

<sup>93</sup>Ibid., p. 194.

Nesta perspectiva, os entrevistados foram questionados se eles percebiam um conhecimento por parte da população sobre essa modalidade de guarda. Eis as respostas: *“um conhecimento meio superficial, eles não sabem bem o que que é. Às vezes chegam aqui no fórum falando de guarda compartilhada mas eles se referem à guarda alternada que é aquela de ficar uns dias com o pai, uns dias com a mãe. Eles não entendem o que é bem a guarda compartilhada, em parte. Outros até entendem. Mas acho que hoje, depois desse tempo aí que a lei entrou em vigor, parece que as pessoas, pelo menos, já ouviram falar em guarda compartilhada, as vezes não têm ideia correta do que que significa exatamente, mas já há um conhecimento maior”*; *“Não, pouca gente sabe que existe o Instituto da Guarda Compartilhada, talvez porque ela não seja muito usada”*.

Da mesma forma é o entendimento que os entrevistados têm em relação à falta de conhecimento da guarda compartilhada pelos próprios operadores do direito, quando disseram: *“Nem da população nem dos operadores. As pessoas acham que guarda compartilhada é guarda alternada, segunda, quarta e sexta com um e terça, quinta e sábado com outro, o que absolutamente não recomendado pelo povo da psicologia. Criança tem que ter rotina, criança tem que se criar sobre as mesmas regras diárias convivendo sempre com ambos... Isso propicia uma formação adequada. Mas a gente vê muita confusão. Em verdade isso é uma mudança de cultura, como falei no início, uma conscientização de que a nossa ciência é limitada, que a gente precisa buscar outras ciências e que a gente tem que estudar psicologia. Nós, operadores temos que nos tratar, que se a gente não consegue resolver os nossos problemas a gente não vai conseguir ajudar os outros a resolverem os problemas deles. É uma mudança grande de cultura que a gente tem pela frente”*.

Outro entrevistado enfatizou a falta de conhecimento da seguinte forma: *“População não, população jurídica inclusive, não se tem o que é a essência e te digo mais, não falo só de advogados estou falando de juízes que inclusive confundem isso. Eu acho que está faltando até mesmo um esclarecimento maior”*.

Ainda para outro entrevistado: *“Na verdade há uma falta de informação muito grande que seja a guarda compartilhada e eu verifico isso no dia a dia entre os advogados. Eles confundem com a guarda alternada”*.

Por fim, os entrevistados foram questionados em relação a qual modalidade de guarda achavam mais adequada.

Para um dos entrevistados a modalidade de guarda mais adequada é a compartilhada: *“Eu acho a compartilhada pelas vantagens que eu falei antes desde que situação permita que ela seja aplicada mas eu acho que é a melhor. Até porque a gente acompanha e na guarda unilateral, geralmente, não em todos os casos, acaba havendo um afastamento da criança com aquele que não ficou com a guarda. Eu acho que isso é ruim pra todo mundo né? Para o pai, para a mãe, para a criança, então eu acho que a guarda compartilhada, em tese, é bem mais vantajosa”*.

No mesmo sentido, outro entrevistado enfatizou: *“O ideal seria a compartilhada. É a guarda ideal, mas como tem tanto problema que a gente vê, que não dá certo, aqui ainda é aquele modelo antigo, da guarda unilateral”*.

Na visão de outro entrevistado, a modalidade de guarda ideal é a compartilhada: *“a compartilhada é a melhor, mas é com as pessoas conscientizadas disso. Ela é ótima. Eu só tenho alguma ressalva a questão de ter um quarto em cada casa se pra criança aquilo não é prejudicial. Se isso não for prejudicial para a criança ela é, porque ela obriga o casal (que não é mais marido e mulher) a ser, no mínimo, amigo (não íntimo), obriga o casal a discutir tudo que envolve os filhos que são as obrigações de pai e mãe que resolveram botar filho no mundo. Se vão ficar ou não casados é num segundo momento, mas eles não podem se eximir da responsabilidade com filho. Então ela é boa sim. Há uma campanha até de que os juízes imponham a guarda compartilhada, digo, na mídia. O problema é que nós temos uma questão cultural e educacional horrível no Brasil. O foco dos nossos problemas todos é ali embaixo na base, na educação, se a gente tivesse esse aprendizado de que uma coisa é viver junto marido e mulher, se se separar tem que manter o relacionamento com filho, saber assistir, saber estar presente na vida do filho, mas nós não temos. Na verdade uma mulher se separa e o homem já vai pensar em ter outra e tem filho com essa outra e esquece dos anteriores. Eu vejo pelas revisões de alimentos. A guarda civilizada, se está ou não com eles não interessa, o que interessa é que tu participe, isso é o ideal. Eles têm que lembrar que essa criança hoje vai ser um adulto amanhã e que toda essa discussão da guarda vai passar, só vai ficar o desgaste pra eles e para o juiz, promotor que trabalharam no caso.*

Dois entrevistados arriscaram criar um novo conceito de guarda quando falaram: *“A modalidade de guarda mais adequada é exercer com pai e com mãe, dentro de casa se amando e criando os filhos juntos. Mas se não dá pra se amar e*

*ficar dentro da mesma casa é melhor ficar em casas separadas, mas com muito diálogo. Não só a prática nos mostra, mas a literatura também, que é muito melhor pais em casas separadas com respeito entre si do que ambos na mesma casa se desrespeitando e mostrando para os filhos como não se deve relacionar com o outro sexo. Os filhos são nossos espelhos, depois vão conseguir dar aquilo que tiveram, mas acima de tudo é um exercício responsável, maduro, com muito diálogo e respeito entre si e com divisão de tarefas. É o único modo de criar pessoas saudáveis”.*

Um dos entrevistados ressaltou o desgaste em relação a esse tipo de processo: *“são disparados os piores processos bem como o de regulamentação de visitas também... é um horror, o resto é barbada”.*

Outro entrevistado inovou ao dizer: *“O certo era a gente ter uma estrutura como eu verifiquei um pouco que eu li que os EUA tem. Nós não temos. A lei fala. A nossa lei é ótima, só que ela é utópica, nós não temos essa estrutura, por exemplo, a visita vigiada da assistente social no final de semana. Eu sonho com isso!!!Eu vou me aposentar e não vou ver isso. A gente tem uma assistente social que faz o estudo social na casa da pessoa quando não a chama no fórum. Isso que Santa Maria é entrância final e tem quadro de assistente social”.*

Por fim, esse mesmo entrevistado também inovou ao dizer o quão importante seria a família temporária neste processo: *“A figura da família substituta temporária.... Tem pai e mãe que não têm a menor condição de criar e ter filho porque eles não tiveram presença paterna, de pai e mãe. É uma genética psicológica viciada. A figura da família substituta temporária funcionaria até como uma conscientização para que esta família pudesse devolver a criança após a família de origem, no caso o pai ou a mãe, terem feito um tratamento, de entender e sentir a perda porque a gente só valoriza as coisas que a gente tem quando a gente perde. A lei fala nessas possibilidades, mas nós não temos”.*

Analisando o conteúdo teórico exposto no início deste trabalho monográfico com as respostas obtidas dos entrevistados, percebemos o quão importante foram as entrevistas para este estudo, tendo em vista que compreendemos que não se trata de atribuir somente uma nova nomenclatura de guarda com a entrada em vigor da Lei 11.698 de 2008, no caso a compartilhada, uma vez que nem sempre os pais que têm essa guarda, agem de modo compartilhado.

Seria necessário quebrar alguns paradigmas como de que a mãe será sempre a melhor cuidadora e de que o pai é secundário, e incentivar que pai e mãe desempenhem seus papéis, não atrelando a dissolução do relacionamento conjugal ao desempenho dos papéis parentais.

## CONCLUSÃO

Para os pais, muitas vezes, os filhos são “a razão do seu viver”, a “coisa” mais importante que possuem, a continuidade do ciclo da vida. Por conseguinte, o término do relacionamento de um casal não deve levar ao rompimento do vínculo familiar, a fim de comprometer a continuidade da convivência entre o filho e seus genitores.

Os filhos, como bem observa a Psicologia, são os que mais sofrem no processo de separação do casal, pois se desestrutura a base, a qual lhes proporcionava um bom desenvolvimento físico, psíquico e emocional.

Muitos são os estudos dos doutrinadores que tentam captar, analisar e compreender qual seria o melhor tipo de guarda para um filho quando da dissolução do vínculo conjugal entre os genitores.

No presente trabalho, buscou-se verificar se os juízes e promotores da Comarca de Santa Maria dos últimos cinco anos estavam aplicando a guarda compartilhada aos casos concretos e se, conseqüentemente, acreditavam ser ela a alternativa mais adequada para um filho no caso da separação de seus pais.

Procurou-se também analisar a possibilidade jurídica de aplicação da guarda compartilhada, as vantagens e desvantagens deste modelo, o posicionamento doutrinário sobre o tema, bem como conferir se os Juízes e Promotores que atuam ou atuaram na Comarca de Santa Maria, nos últimos cinco anos, conheciam e sabiam diferenciar a guarda compartilhada das demais modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina, em especial a modalidade alternada.

A título de considerações finais, procuramos, a partir dos aspectos discutidos, especialmente no final do segundo capítulo, que trata especificamente da guarda compartilhada, apontar para alguns de seus possíveis desdobramentos e implicações.

A partir das constatações nas entrevistas, notamos que os entrevistados perceberam o quão importante é a relação parental após a ruptura da conjugalidade e que os pais possuem um papel extremamente importante na vida de um filho, independente de quem esteja com a guarda, de quem seja o guardião e que o ex-casal precisa colocar o interesse e bem estar da criança acima de qualquer

ressentimento que possa ter havido entre eles, visto que a criança é a “parte” que mais sofre com a separação.

Através das respostas percebemos que o fim da relação conjugal pode se dar de forma civilizada, quando o ex-casal consegue manter um contato sadio e um diálogo frequente para tratar dos assuntos que dizem respeito ao filho. Não obstante, pode se dar de forma bastante conflituosa, em que o ex-casal não quer se ver, muito menos conversar e fazer acordo em audiência. Os entrevistados observaram que isso depende muito do estado emocional que se encontravam à época do rompimento conjugal bem como da educação de cada um.

Ademais, restou evidente, também, que a dissolução do vínculo conjugal pode prejudicar a relação entre pai e filho ou mãe e filho e que, muitas vezes, o ex-casal não tem maturidade para enfrentar os problemas oriundos do rompimento dessa relação.

Já no que tange a guarda compartilhada, a maioria dos entrevistados acredita ser uma modalidade de guarda muito recente ainda e que existem poucos casos nas Varas de Famílias, exceto casos excepcionais e que a regra geral continua sendo a modalidade unilateral.

Os entrevistados emitiram concepções a respeito das vantagens e desvantagens do modelo. A principal vantagem seria o menor impacto na vida do infante, tendo que vista que o pai e a mãe continuariam exercendo as suas obrigações de maneira semelhante, compartilhada. A criança continuaria sob o abrigo dos dois genitores e não de apenas um, como se verifica na guarda unilateral.

No aspecto negativo, apontaram como sendo impossível compartilhar guarda com pais morando em cidades geograficamente distintas e também naqueles casos em que o pai e a mãe não conseguem manter um diálogo sadio.

Além disso, demonstraram nas entrevistas, que tanto a população de uma forma geral como os próprios operadores do direito (incluindo juízes e promotores) conhecem de uma forma muito superficial a guarda compartilhada, sendo, muitas vezes, confundida com a guarda alternada.

Assim, não se teve uniformidade nas respostas em relação à modalidade de guarda que o entrevistado julgasse mais adequada. Alguns corroboram com o entendimento e acreditam ser a compartilhada o modelo mais ideal. Outros acreditam que, independente da nomenclatura que se atribua a uma guarda, o mais

importante são os pais se darem bem e existir uma guarda civilizada de muito diálogo, compreensão e amor.

Desse modo, observou-se que a guarda compartilhada é uma modalidade que procura dirimir o sofrimento dos filhos, além de estabelecer que ambos os pais terão uma co-responsabilização igualitária e conjunta na vida do filho, sendo que, uma criação saudável implica na divisão de todas as responsabilidades do exercício parental, não existindo, portanto, a figura de um único guardião.

Assim percebemos que não existe nenhuma modalidade de guarda que seja efetiva e que vá solucionar todos os problemas da família ocasionados pela ruptura do casal. Nessa compreensão, observamos que compartilhar a guarda de um filho não significa, absolutamente, a divisão da presença física. Também poderá ocorrer, todavia, o fundamental é que a essência seja compartilhada entre os dois guardiões.

Tendo em vista a escolha da modalidade de guarda mais adequada, deve-se respeitar, indubitavelmente, sempre o melhor interesse da criança. Visto que a sociedade está em constantes mudanças, o que pode ser melhor para uma criança de uma determinada família, pode não ser para outra.

As entrevistas contribuíram para uma melhor visualização do sistema jurídico, suas preconcepções, sua forma de pensar ao deferir a guarda compartilhada e até mesmo a falta de informação e conhecimento teóricos que os próprios operadores do direito possuem acerca das diversas modalidades de guarda.

Por fim, acreditamos que estudos como este podem contribuir para a concepção de um novo enfoque a respeito desta modalidade de guarda, ultrapassando as antigas e tradicionais modalidades, as quais não responsabilizam os pais de forma igualitária.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de e RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 1988. 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: 09 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.698** de 13 de junho de 2008. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: 09 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-relacoes-homoafetivas.dept>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOMINGUES, Ana Luísa Bueno. **Guarda compartilhada**. Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 3, n. 1, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32435>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

ENGELS, Friederich. **A origem da família da propriedade e do Estado**. 4. ed. Lisboa: Presença, 1980.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RORHMANN Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** 5 ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FURQUIM, Luis Otávio Sigaud. Os Filhos do Divórcio. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI, n. 254, 15 ago. 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os arranjos plurais e seus efeitos jurídicos. In: SOUZA, Ivone M. Candido Coelho (Coord.). **Família Contemporânea: uma visão interdisciplinar.** Porto Alegre: IBDFAM Letras & Vida, 2011.

GÓMEZ, Fabiola Lathrop. **Custodia Compartida de los Hijos.** Madrid: La Ley, 2008.

GROSMAN, Cecília P. e ALCORTA, Irene Martínez. **Familias ensambladas, nuevas uniones después del divorcio.** Buenos Aires: Editorial Universidade, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, jun-jul. 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf Hanssen. A Criança no novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Diretrizes Psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord.). **Direito de família e ciências humanas.** Caderno de Estudos 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

MOTTA, M.A.P. Guarda Compartilhada: Uma solução possível. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, a. 2, n. 09. jan.–fev. 1996.

NEIVA, Deirdre. A Guarda Compartilhada. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: < <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=10&IsTextold=-2002396541>>. Acesso em: 25 de novembro de 2012.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: Um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In BARRETO: Vicente (Coord.) **A Nova Família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de e MUNIZ, Francisco José. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

OPPENHEIN, Ricardo; SZYLOWICHI, Suzana. Partir o Compartir la tenência: es posible compartir la tenência de los hijos em caso de divorcio? Derecho de Família. **Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudência**. Buenos Aires, v. 5, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ. Ed, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TURATTO, E. R. **Tratado de metodologia da pesquisa clínico-qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda compartilhada e visitas: a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, como estabelecido. **Revista Lex do Direito Brasileiro**, São Paulo, Lex, v. 43, jan.-fev. 2010.

## **ANEXOS**



**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.**

Mensagem de veto

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

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

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
*Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto*  
*José Antonio Dias Toffoli*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008

## **Termo de consentimento livre e esclarecido**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

PESQUISADORA RESPONSÁVEL: Maria Ester Toaldo Bopp

ENDEREÇO: Rua Marechal Floriano Peixoto, n.º 1184, prédio da antiga reitoria. Quarto andar, sala 401. CEP 97015-372, Santa Maria, RS, Brasil

## **Termo de Consentimento Livre e Esclarecido**

### **Projeto “A guarda compartilhada sob a ótica dos juízes e promotores da comarca de Santa Maria dos últimos cinco anos”**

Estamos realizando uma pesquisa que tem por objetivo verificar se os juízes e promotores da Comarca de Santa Maria que atuam ou atuaram nos últimos cinco anos estão aplicando a guarda compartilhada aos casos concretos e se, conseqüentemente, acreditam ser ela a alternativa mais adequada para um filho no caso da separação de seus pais. Com o intuito de atingir os objetivos propostos será realizado um estudo qualitativo que utilizará a técnica da entrevista semi-estruturada de questões abertas, sendo a análise das informações realizada através da técnica da análise de conteúdo. As identidades dos participantes serão mantidas em sigilo e as informações serão utilizadas para fins de pesquisa, sem identificação do nome dos participantes.

Os participantes poderão solicitar esclarecimentos sobre os procedimentos e outros assuntos relacionados com a pesquisa, podendo interromper sua participação a qualquer momento, sem que isto lhe traga prejuízo. Considerando a técnica a ser utilizada para a realização desta pesquisa, bem como o fato de que esta não tem por objetivo testar nem experimentar nenhum procedimento novo, julga-se, portanto, a existência de riscos mínimos para os participantes. Contudo, caso sejam identificadas situações, durante a realização das entrevistas, de desconforto psicológico, a pesquisadora responsabilizar-se-á por avaliar a situação e, se houver necessidade de atendimento psicológico, fará o encaminhamento do participante. Os benefícios para os participantes poderão decorrer da disponibilidade de escuta oferecida pelas pesquisadoras e pela reflexão oportunizada no momento da realização das entrevistas. Todo material desta pesquisa será mantido em sigilo no Departamento de Direito da UFSM, sendo destruído após cinco anos da realização das entrevistas.

Agradecemos a colaboração dos participantes na realização desta atividade de pesquisa e colocamo-nos à disposição para esclarecimentos adicionais com a pesquisadora-orientadora do projeto, Prof<sup>a</sup> Ms. Maria Ester Toaldo Bopp, que pode ser contatada pelo telefone: (55) 3220-9250. Os contatos do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSM são: Av. Roraima, 1000 – Prédio da Reitoria – 7º andar – sala 702 – Camobi – Santa Maria – telefone (55) 3220-9362.

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Participante

---

Responsável pelo projeto

## Termo de confidencialidade



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

### TERMO DE CONFIDENCIALIDADE

**Título do projeto:** A guarda compartilhada sob a ótica dos juízes e promotores da comarca de Santa Maria dos últimos cinco anos.

**Pesquisador responsável:** Maria Ester Toaldo Bopp

**Instituição/Departamento:** UFSM/Direito

**Telefone para contato:** 3220-9250

**Local da coleta de dados:** Foro da Comarca da cidade de Santa Maria, RS

Os pesquisadores do presente projeto se comprometem a preservar a privacidade dos participantes cujos dados serão coletados através de entrevistas gravadas realizadas no Foro da Comarca da cidade de Santa Maria, RS. Concordam, igualmente, que estas informações serão utilizadas única e exclusivamente para execução do presente projeto. As informações somente poderão ser divulgadas de forma anônima e serão mantidas no Departamento de Direito, por um período de cinco anos sob a responsabilidade do Prof.(a) Pesquisador (a) Maria Ester Toaldo Bopp. Após este período, os dados serão destruídos. Este projeto de pesquisa foi revisado e aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UFSM em 13/09/2012, com o número do CAAE 06448012.3.0000.5346.

Santa Maria, 24 de julho de 2012.

Maria Ester Toaldo Bopp

Professor do Departamento de Direito da UFSM



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**Instrumento de Coleta de Informações**

Considerando a sua experiência de atuação em Vara de Família

- Como você percebe a relação parental após uma separação conjugal?
- Quais são as principais dificuldades de atuação nestes casos envolvendo guarda de filhos?

Sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada

- Como você percebe, na prática, a aplicabilidade da guarda compartilhada?
- Qual a sua opinião sobre esta modalidade de guarda?
- Quais as vantagens? E as desvantagens?
- Você percebe um conhecimento por parte da população sobre a guarda compartilhada?
- Na sua opinião qual a modalidade de guarda é a mais adequada?