



“COM QUEM OS FILHOS FICARÃO?”: GUARDA DOS FILHOS APÓS A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO DO CASAL

"WITH WHOM THE CHILDREN WILL BE?": CHILD CUSTODY AFTER THE DISSOLUTION OF THE UNION OF THE COUPLE

"CON LA QUE LOS NIÑOS?": CUSTODIA DE LOS HIJOS DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE LA PAREJA

Filomena Luciene Cordeiro Reis¹
Josimar Alves Pereira de Oliveira²

RESUMO: A Guarda Compartilhada surge do anseio que os pais têm, de que, ainda unidos, mesmo depois da separação, em continuar desempenhando de forma igual o comando parental de antes. Dessa forma, compartilham as incumbências que sempre foram impostas aos dois, como faziam durante o casamento. O Direito de Família, por sua vez, está em estável adaptação para atender a evolução da sociedade nas suas relações familiares. A questão problema que orientou esta pesquisa foi adaptada a abrangência da Guarda Compartilhada no ordenamento jurídico e a proteção da estrutura familiar, visando os princípios, preceitos e instituições designadas a adequar a atividade revisora dos órgãos jurisdicionais do Direito de Família, especializados na solução das desordens individuais e coletivas subsequentes destas relações. A pesquisa objetivou estudar e analisar o instituto da Guarda Compartilhada, motivada pela separação dos pais, evidenciando sua importância e consequência em relação à vida dos filhos. Para tanto, a metodologia adotada para o estudo constituiu na pesquisa bibliográfica, em fontes primárias como norma jurídica, jurisprudências, etc. e secundárias, entre elas, doutrinas, artigos, revistas, etc., que tratam sobre o tema. Esse trabalho foi significativo para os debates na área de direito que tratam sobre essa temática.

Palavras – Chave: Direito da Família. Guarda Compartilhada. Casamento. Filhos.

ABSTRACT: Joint custody arises from the desire that parents have, that United still, even after the separation, to continue playing equally the parental command before. In this way, share the duties that have always been imposed on two, as they did during the marriage. Family law, in turn, are in steady adaptation to suit the evolution of society in their family relationships. The question problem that guided this research was adapted the scope of joint

¹ Doutora em História pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora do Departamento de História e do Programa de Pós Graduação em História da Universidade Estadual de Montes Claros; e professora do curso de Direito das Faculdades Integradas do Norte de Minas. E-mail: filomena.joao.reis1996@gmail.com

² Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas do Norte de Minas. E-mail: josimar_alvesoliveira@hotmail.com

custody in the legal system and the protection of the family structure, the principles, precepts and institutions designated to suit the activity review of the family law courts, specialized in the solution of individual and collective subsequent disorders of these relations. The research aimed to study and analyze the Office of joint custody, motivated by the separation of the parents, highlighting its importance and consequence in relation to the lives of their children. To this end, the methodology adopted for the study consisted in bibliographical research in primary sources such as rule of law, jurisprudence, etc. and including secondary doctrines, articles, magazines, etc., that deal with on the topic. This work was significant to the debates in the area of law handling on this theme.

Keywords: Family law. Joint Custody. Wedding. Kids.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretendeu pesquisar o instituto da Guarda Compartilhada, bem como sua importância moral, social e jurídica. Esta temática é indispensável para a compreensão acerca da área de conhecimento do Direito, por isso, justificou-se o intento em pensar como ocorre esse fenômeno, assim como o Direito da Família lida com essa questão. A reflexão partiu do princípio do entendimento acerca do interesse dos filhos e do convívio correto e afável entre os pais em benefício do bem-estar do menor.

A análise desse estudo se fez para apreender a percepção dos pais no sentido de dar prosseguimento a ligação afetiva por meio do instituto da Guarda Compartilhada, conforme afirmam doutrinadores. Para esses pensadores do Direito, a Guarda Compartilhada constitui a melhor alternativa para o desenvolvimento e crescimento harmonioso no plano emocional, ético e psicológico dos filhos de pais separados. Compete aos pais, perceberem a correta definição da nova modalidade de guarda introduzida na legislação pátria e a justiça aplicá-la nos casos pertinentes. Dessa forma, aos filhos será apresentada a ocasião de usufruir uma vida mais acomodada, respaldada na garantia de ter os pais, trabalhando unidos pelo seu bem-estar, numa atmosfera, na qual a declaração da tranquilidade familiar será mais simples de conseguir. Ao solidificar-se de forma eficaz, a separação deve acontecer em um formato que não exista prejuízo para o filho.

A Guarda Compartilhada propende que, as disposições sejam aceitas em conjunto pelos progenitores, garantindo o direito do pai e da mãe de usufruir do convívio com o filho e de compartilhar as responsabilidades do cotidiano de educá-lo, transmitindo-lhe os cuidados e cordialidade que uma família deve oferecer. A Guarda Compartilhada veio cooperar com o conjunto de pais separados e filhos de pais separados, visando a capacidade de adaptar um convívio amigável de ambos, designando novas reflexões que favoreçam a relação familiar. Observa-se que, com a dissolução do casamento, as necessidades relativas à autoridade parental continuam, ou seja, o comprometimento de cuidar, repartindo todas as responsabilidades. O interesse dessa pesquisa foi entender essas relações sociais a partir da Guarda Compartilhada.

A importância social dessa pesquisa destacou a análise dos fundamentos contidos na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, nas leis infraconstitucionais, na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras, juntamente com os feitos interdisciplinares, para a confirmação de que a Guarda Compartilhada é o melhor modelo familiar após a separação do casal.

Nesse sentido, o objetivo do estudo constituiu em estudar e analisar o instituto da Guarda Compartilhada, motivada pela separação dos pais, evidenciando sua importância e consequência em relação à vida dos filhos, assim como pensar as repercussões desse fato

sobre o menor, principalmente no campo afetivo, cujos fundamentos da convivência, implicam em responsabilidade parental. Para isso, também foi necessário comparar o estabelecimento do direito em relação à Guarda Compartilhada em outros países, bem como examinar, avaliar e apresentar com fundamento na lei, na doutrina e na jurisprudência sobre a concessão dessa modalidade de guarda.

Pode-se descrever complexo, senão impraticável, indicar apenas um procedimento para o desenvolvimento da pesquisa jurídica. Discursa-se que, o momento em curso distingue-se pelo pluralismo metodológico, que busca garantir ao pesquisador a objetividade imprescindível ao tratamento dos fatos sociais. Sendo assim, além dos métodos lógicos, dentre estes, o hipotético-dedutivo e o método analógico, privilegiaram a referida pesquisa. Os procedimentos sociológico, histórico e comparativo, igualmente constituíram etapas a serem observadas. O processo dedutivo, conforme Cesar Luiz Pasold (2000) incide em:

Constituir uma formulação geral e, em seguida, procurar os elementos do fenômeno de maneira a amparar a formulação geral. [...] é a configuração coerente comportamental-investigatória na qual se fundamenta o pesquisador para procurar os resultados que ambiciona alcançar (PASOLD, 2000, p. 23).

Como técnica concentrada, destacou-se a pesquisa bibliográfica, consistente no estudo e captações de bibliografias indiretas recentes em fontes primárias (norma jurídica, jurisprudências, etc.) e secundárias (doutrinas, artigos, etc.), que tratam sobre o tema. Também analisou-se processos que relatam casos de Guarda Compartilhada, visando entender concretamente como se efetiva essas situações no âmbito jurídico. Enfim, este trabalho se justificou, principalmente por sanar indagações, que nos incomodam sobre o assunto.

Nesse sentido, a pesquisa se organizou no primeiro momento em Guarda compartilhada: breves considerações teóricas, quando priorizou-se pensar teoricamente a temática.

No segundo momento abordou Direito comparado e guarda compartilhada: algumas amostras. Nesse tópico buscou-se compreender como se estabelece a Guarda Compartilhada em outros países. Para tanto, criou-se os subtemas, especificamente: Direito Inglês; Direito Francês; Direito Americano; e Direito Português.

No terceiro momento discutiu-se sobre Concessão da guarda compartilhada: efeitos jurídicos para os pais e o menor.

Por fim, nas Considerações Finais, os problemas de pesquisa foram sanados, comprovando ou não as hipóteses iniciais.

GUARDA COMPARTILHADA: BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

A Lei nº 11.698 de junho de 2008 alterou os artigos 1.593 e 1.594 da Lei nº 10.406 de 2002 do Código Civil para estabelecer e fazer obedecer a Guarda Compartilhada. Esse instituto do Direito de Família tende a compor o princípio da igualdade entre homem e mulher, os quais carecem dos mesmos direitos e obrigações em relação aos filhos.

Procura-se assim, diante do poder familiar, um tratamento igual ao princípio da proteção integral do menor com a intenção de protegê-lo e garantir o seu desenvolvimento moral e psicológico. Igualmente, a legislação visa resguardar a dignidade da pessoa humana, que garante o direito de estar com sua família. Alexandra Ullmann em relação a essa questão afirma que, geralmente “em casos abrangidos pelo Direito de Família, em que o que está em jogo não é, na maioria das vezes, um valor mensurável, e sim sentimentos, e sentimentos não passam pelo campo da razão, mas da emoção” (ULLMANN, 2016, p.1).

Verifica-se que, o Direito da Família trata de assuntos, que abrange a razão, mas também, as emoções, implicando em cuidados específicos em relação aos envolvidos. Maria Denise Bento Nejar Leivas diz que,

Os sujeitos do poder familiar são os pais e os filhos. No pólo ativo figuram o pai e a mãe, em igualdade de condições, e no pólo passivo, os filhos menores que tenham os pais juridicamente reconhecidos e determinados. Cabe frisar que a titularidade ativa será determinada somente após a maternidade ou a paternidade estarem legalmente reconhecidas (LEIVAS, 2007, p. 4).

A Guarda Compartilhada surge do anseio que os pais têm, de que, ainda unidos, mesmo depois da separação, em continuar desempenhando de forma igual o comando parental de antes, compartilhando as incumbências que sempre foram impostas aos dois, como faziam durante o casamento. Esse modelo consente conservar a convivência diária entre pais e filhos para que não ocorra o distanciamento de ambos, sendo o contato fundamental para o desenvolvimento moral e psicológico do menor.

Gabriela Peres Rocha afere que,

O direito de família situa-se em diversos territórios diferentes dentro das relações jurídicas, que se penetram teologicamente. As relações pessoais entre os cônjuges são reguladas entre os seus ascendentes e descendentes, bem como as relações patrimoniais que surgem e interessam ao grupo familiar, regulando também as relações assistenciais ou protetivas, que substituem as famílias (ROCHA et al, 2012, p. 1).

Presentemente, torna-se cada vez mais comum a separação dos casais e a permanente contestação pela guarda dos filhos. Tal conjuntura de confusão, mágoa, desmoralização mútua e disputa, acende uma consequência negativa na relação de pais e filhos.

Com a separação, o contato diário do filho com um dos progenitores, deixa de existir no formato diário e passa a ser quinzenal, provocando aflição e sofrimento na relação. Desta forma, fica corroborada a descontinuidade dos laços afetuosos com um dos pais que, por sua vez, disputarão a posse do filho, trazendo consideráveis prejuízos emocionais a todos os membros da família.

O fim do casamento não necessitaria envolver a ininterrupção dos vínculos parentais, porque o exercício do Poder Familiar em nada é pretensioso pela separação, sobrecarregando as transformações atuantes na vida dos filhos. De acordo com Maria Regina Fay de Azambuja, a mudança de casa, afastamento de um dos genitores, alteração no padrão econômico, novas configurações familiares, com frequência, faz-se presente na rotina dos filhos de pais separados (AZAMBUJA, 2007).

A Lei n. 11.698/2008 versa sobre a igualdade de direitos no que tange ao exercício do poder parental e prescinde do entusiasmo e do anseio mútuo para a cooperação entre os progenitores. Para que a referida Lei consista em eficácia, faz-se imprescindível o comparecimento dos pais, opinando e resolvendo conjuntamente sobre a vida da criança e/ou adolescente, mesmo que ele permaneça fisicamente ausente. Se estes, não colocarem a importância dos filhos acima dos deles, realmente o uso da Guarda Compartilhada, nesses casos, não impetrará êxito.

Nesse sentido, a Guarda Compartilhada possibilita essa interação e integração. Vitor Frederico Kumpel define Guarda Compartilhada como: “A ‘guarda’ pode ser comentada

de uma forma genérica para promulgar um direito-dever de incumbência, dos pais ou apenas um deles, de exercê-la em benefício de seus filhos – ou seja, instituto profundamente ligado ao poder familiar” (KUMPEL, 2009, p. 173).

É uma regularização da posse de fato. Denise Damo Comel em relação ao poder familiar assegura que,

O poder familiar anteriormente era denominado de pátrio poder, conforme a legislação civil de 1916. Isso porque, o instituto atribuía ao pai poderes sobre a pessoa e os bens de seus filhos, além de chefiar a família. Com efeito, dispunha o artigo 233 que “o marido é o chefe da sociedade conjugal” (COMEL, 2003, p. 26).

Avulso de qual seja a família em que estão ensartadas, a criança e o adolescente, tem o direito de se sentirem resguardados, confortados e respeitados. A criança deve ser protegida em todos os direitos básicos e efetivos ao seu desenvolvimento como ser humano. Por isso, os mesmos não podem ser controvertidos como elementos no debate dos pais ou familiares, nem ficarem vivenciando desordem entre os pais, uma vez que, esta experiência poderá originar perturbação psicológica irreversível em suas vidas.

Para Denise Comel (2003), o poder familiar é uma função não só familiar como também social, uma vez que, tal função tem por finalidade proteger o filho, bem como promover seu desenvolvimento e sua capacitação. Tanto o pai quanto a mãe, desejando e tendo condições éticas e psicológicas, devem estar presentes no processo de desenvolvimento dos filhos. Os pais têm condições de igualdade para desempenharem esse direito, como disposto na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I e artigo 226, § 5º.

Deste modo, o fato dos pais permanecerem separados não pode constituir para a criança uma advertência ao direito de convivência com seus progenitores. Consequentemente, a Guarda Compartilhada tem o desígnio de que os pais dividam a responsabilidade e as fundamentais decisões referentes aos filhos, como educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer, etc. Os pais devem exigir dos filhos a obediência e o respeito, assim como a prestação de serviços próprios de sua idade e condição. Na verdade, não há uma subordinação hierárquica, mas sim, uma reciprocidade com relação ao respeito. Para que exista um ambiente familiar saudável, por exemplo, todos devem cooperar nos serviços domésticos, inclusive os filhos, conforme suas possibilidades, além de haver respeito nas relações familiares.

Waldyr Grisard Filho sobre essa questão professa que,

Vale lembrar que para exercer o poder familiar, tanto no âmbito pessoal quanto no âmbito patrimonial, os pais de forma conjunta, devem ser titulares desse direito. Isso porque, a legislação civil determina que o pai e a mãe são, conjunta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do exercício do poder familiar, como efeito da paternidade e maternidade, e não do matrimônio ou da união estável (GRISARD, 2009, p. 46).

Atualmente, relações familiares são devastadas na mesma rapidez em que são estabelecidas. E, diante disso, os filhos da relação afetada podem ficar sujeitos aos efeitos de eventuais confusões decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. Maria Helena Diniz afirma que, “O importante é que se tenha em mente o superior interesse do menor e que este sempre prepondere sobre eventuais direitos dos pais” (DINIZ, 2002, p. 253).

O Direito de Família, por sua vez, está em estável adaptação para atender a evolução da sociedade nas suas relações familiares. Tais modificações ofereceram motivo

para o surgimento de uma corrente doutrinária que protegia intensamente a aplicação de um modelo de guarda, já utilizado em legislações estrangeiras, que propendia garantir a efetividade do poder familiar com a quebra matrimonial do casal, objetivando a seqüência da relação dos genitores com seus filhos, mantendo, assim, os laços afetivos.

A Guarda Compartilhada ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n.º 11.698/08, normalizando o instituto, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, conforme abordado anteriormente. Essas transformações modificam a forma de como lidar com a Guarda Compartilhada. Apesar de a referida Lei surgir para acatar as modificações da coletividade e, principalmente, das relações familiares, a Guarda Compartilhada, ainda depara com alguns empecilhos para o seu consentimento, seja pelo desconhecimento dos pais sobre o instituto ou pelo processo entre os progenitores após a ruptura conjugal, ou, até mesmo, pela falta de mudanças na mentalidade dos interpretes da lei.

A questão problema que orientou esta pesquisa é a adaptada abrangência da Guarda Compartilhada no ordenamento jurídico e a proteção da estrutura familiar, visando os princípios, preceitos e instituições designadas a adequar a atividade revisora dos órgãos jurisdicionais do direito de família, especializados na solução das desordens individuais e coletivas subsequentes destas relações. De tal modo, alguns questionamentos fazem *jus* a serem investigados, como: A Guarda Compartilhada pode ser solicitada pelos pais ou é decisão do juiz? Diante da concessão da Guarda Compartilhada, a quem ocorrerá o encargo de responsabilidade dos filhos? Como fica a eficácia na aplicabilidade da Lei n. 11.698/2008 sem a presença do pai? Como teoria espera-se que, a aplicabilidade da Guarda Compartilhada esteja sujeita a fatores como responsabilidade, auxílio e afetividade entre o casal, discernimentos estes, que precisam ser movidos em conceito pelo Magistrado ao definir a aplicação da Guarda Compartilhada para que, o rompimento do vínculo parental cause menos prejuízo à formação da individualidade do filho e sua relação com o meio social.

Para o êxito desse estudo foi adotado o processo dedutivo, conforme orienta Cesar Luiz Pasold (2000), bem como leituras bibliográficas sobre o assunto com o objetivo de construir um arcabouço teórico e análises de alguns casos por meio de processos judiciais. O intuito dessa pesquisa foi colaborar na construção de reflexões acerca da temática no meio acadêmico para que, na prática e execução das leis, haja cautela e atenção em relação à questão específica.

DIREITO COMPARADO E GUARDA COMPARTILHADA: ALGUMAS AMOSTRAS

Em vários países é aplicada a legislação da Guarda Compartilhada. A objetividade da Guarda Compartilhada em outros países é verificada por meio de ciências e fatos viventes de cada família, que possuem amplas diferenças de costumes, sofrendo influência de diversos fatores. Conforme Alberto Atência Taveira,

Os países da Europa e os países da América deixaram de dominar a guarda unilateral, uma vez que por meio de pesquisas e estudos, conclui-se que a guarda conjunta é a maneira mais benéfica ao desenvolvimento global do menor, com adaptação de suas legislações às realidades sociais e econômicas nas áreas que regem a igualdade entre os ex-cônjuges e entre esses e seus filhos, resultantes da extinta união conjugal (TAVEIRA, 2002, p. 3).

De acordo com Taveira (2002), a Europa e os países da América não tinham mais como única opção a guarda unilateral. Os países europeus e americanos concluíram, que a guarda conjunta é a melhor opção para a criança, pois pesquisas e estudos demonstram que

esse modelo é a forma mais benéfica ao desenvolvimento global do menor. Para tanto, esses países adaptaram suas legislações às realidades sociais, culturais e econômicas nas áreas que regem a igualdade entre os ex-cônjuges e entre esses e seus filhos, resultantes da extinta união conjugal.

A Guarda Compartilhada passou a ser empregada há cerca de 20 anos na Inglaterra, bem como na França, Canadá e Estados Unidos. O interesse maior da criança e a igualdade parental foram privilegiados nas disposições inglesas, por exemplo, objetivando a estabilização dos direitos do pai e da mãe.

Também em vários países, segundo Taveira (2002), o poder familiar é atribuído a ambos os pais. Na Itália, por exemplo, tal poder encontra-se no Código Civil, no artigo 316 e 317, não cessando este exercício após a separação. Uma vez que a guarda é exclusiva, cabe a ambos os pais determinarem todos os atos dos filhos através do artigo 155, que diz:

Art. 155. “Procedimentos referentes aos filhos. O juiz que decretar a separação, declarará qual dos cônjuges terá a guarda dos filhos e adotará todo o procedimento relativo à prole, exclusivamente com referência aos interesses morais e materiais desta. Em especial, o juiz estabelecerá a medida e o modo no qual o outro cônjuge deverá contribuir para a manutenção, instrução e educação dos filhos, e os meios dos exercícios dos seus direitos nas relações com esses. O cônjuge tem o direito de pedir, a qualquer tempo, a revisão das disposições concernentes à guarda dos filhos, da atribuição do exercício do poder e das responsabilidades sobre estes e das disposições relativas à medida e aos meios de contribuição e assistência” (COSSU, 1996, p 120)

Na Espanha, a questão da Guarda Compartilhada é razão de protestos em rua³, a *patria protestad*. A Guarda Compartilhada é resguardada a ambos os pais, no artigo 154 do Código Civil desse país. Conforme seja a separação, nulidade e divórcio no casamento cabe ao juiz determinar os interesses dos filhos para que os pais os cumpram. Essa guarda também pode ser exercida por apenas um dos pais. Porém, é com base no artigo 156, que o juiz poderá atribuir o exercício conjunto, quando houver separação dos pais, no interesse dos filhos.

Na Bélgica, desde 1994, como aborda Spig (2004), a guarda dos filhos conserva-se aos dois pais posteriormente a ruptura familiar, conquanto que tenha decisão da corte, no caso, pronunciando o oposto. Desde 2000, a taxa de benefício relativa a filhos dependentes é dividida entre os pais que compartilham a guarda física.

Grisard Filho acerca da Guarda Compartilhada na Alemanha afirma que,

No direito Alemão, por disposição da corte constitucional, o estado não deve interferir-se no divórcio. Os pais são correspondentes a desempenhar a guarda dos filhos, suprimindo assim a necessidade de uma decisão relativa à guarda nesse caso, salvo quando um dos pais solicitar a guarda exclusiva, ocasião em que o tribunal manifestar-se-á (GRISARD FILHO, 2002, p. 120).

A Alemanha possuía uma lei sobre o assunto, que estipulava que a entrega da guarda deveria se basear no interesse do filho, devendo predominar a guarda unilateral. Essa regra foi considerada inconstitucional e a Corte Constitucional entendeu que, o Estado não pode intervir, quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes e estão dispostos à guarda conjunta/compartilhada de seus filhos

No Japão, com a melhora do Direito de Família, o Código Civil japonês se articula no sentido de aceitar a Guarda Compartilhada (FACHIN, 1999).

³ Ver em: Disponível em: <civil.udg.es.>. Acesso em: 6 set. 2016.

O propósito desse estudo se constituiu, igualmente, no sentido, de pensar como a legislação lida com a questão da Guarda Compartilhada. Verificou-se que, nesses diversos países, há diferenças no tratamento sobre o assunto por meio das legislações. O Brasil também possui leis próprias em relação a essa temática. Ao detalhar as legislações de outros países, o intento do estudo foi proporcionar ao Direito Comparado verificar o formato de legislar em cada nação. Alguns países mereceram na pesquisa uma análise mais detalhada sobre a Guarda Compartilhada.

Direito Inglês

No direito inglês, segundo Alves (2001), até o século XIX, a guarda era adjudicada ao pai e às mães restava um acesso muito restrito. Por achar que desta forma, a legislação prejudicava as mães, os Tribunais Ingleses dividiram o exercício de guarda entre eles. Esse fato ocorreu, porque os citados Tribunais perceberam que a separação entre pais e filhos lesava, em especial, as crianças.

Conforme Wellington Lopes Alves,

O termo *guarda conjunta* é de origem inglesa, “joint custody”, e diz respeito à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os genitores. Entende-se que, nesta modalidade, os pais têm efetiva e igualitária autoridade legal sobre os filhos, dispensando-lhes maiores cuidados do que na guarda única (*sole custody*) (ALVES, 2001, p. 28).

Do mesmo modo, as disposições inglesas beneficiam o interesse da criança e a igualdade parental, ampliando, assim, a ideia da Guarda Compartilhada em outros países.

Conforme trata Alves (2001), a guarda dos filhos adveio a ser conferida às mães, principiando o “*tender years*”. A doutrina confere que, os filhos menores de 7 (sete) anos precisariam estar sob a guarda da mãe, admitindo assim, uma presunção paternal para possuir uma presunção maternal. Vale lembrar que, o *parens patriae*⁴ acautelava o melhor interesse da criança.

Eduardo de Oliveira Leite diz que, nesse novo contexto, “a autocracia que permanecia em torno das mães aconteceria agora aos pais e, para atenuar as decorrências, os tribunais passariam a determinar por meio da *split order*” (LEITE, 1991, p. 266). A mãe se incumbiria dos cuidados habituais e o pai do domínio da direção do filho, sendo este, a entrada da Guarda Compartilhada. Esse modelo só aconteceria a partir de 1964 e definiu uma disposição na jurisprudência inglesa.

Nos dias de hoje (2016), aborda Leite (1991), na Inglaterra, embora possua muitas disposições conferindo a guarda dos filhos apenas às mães, ocorrência que torna razão de muitos protestos, sobretudo em datas comemorativas, quando os pais – gênero masculino - vão às ruas protestar pelo direito de estar com seus filhos e cuidar deles, o que possibilitou a criação de diversos grupos de apoio a estes pais⁵.

De acordo com Michael Freeman,

⁴ *Patriae Parens* é latina para "pai da nação". Na lei, refere-se à política pública de energia do Estado a intervir contra um pai negligente ou abusivo, responsável legal ou guardião informal, e agir como o pai de qualquer criança ou pessoa que está precisando de proteção - http://en.wikipedia.org/wiki/Parens_patriae

⁵ Ver sobre este assunto em: *BBC news on line* (Disponível em: <news.bbc.co.uk>. Acesso em: 07 jan. 2004). O texto apresenta alguns protestos e entrevistas com pais que lutam pela guarda de filhos. Vários grupos foram criados no intuito de ajudar e apoiar os pais nesta batalha, entre eles, o *Fathers 4 Justice*, o *Shared Parenting Information Group* e o *Equal Parenting*.

O *Children Act* consentiu acordos de guarda compartilhada, deve-se assumir que, como antes, a maioria das crianças ainda moraria com suas mães e um terço ou mais teria um contato cada vez mais decrescente com os pais. O fim de um casamento ainda significaria o fim do exercício parental na Inglaterra (FREEMAN, 1997, p. 341).

Enfim, essa trajetória histórica mostra uma caminhada de mudança das leis, quando os direitos em ter a guarda dos filhos são, primeiramente dos pais, depois das mães e hoje, a perspectiva constituir na direção da Guarda Compartilhada.

Direito Francês

Foi no direito francês, que nasceu a primeira lei sobre Guarda Compartilhada intitulada “Lei *Malhuret*”⁶, publicada em 22 de julho de 1987, sob número 87.570/87, compreendida com a jurisprudência consolidada em favor a Guarda Compartilhada, que se realizou em 1976. Elias diz que,

Quando um dos pais falece ou perde sua autoridade, ao outro cônjuge cabe o exercício integral desta. Nos casos de separação e divórcio, é o poder judiciário quem decide com quem fica a guarda e determinando o direito de visitas do outro. Se nenhum dos pais puder exercer a autoridade, abre-se uma tutela (ELIAS, 1999, p. 13).

A Lei *Malhuret* em seus artigos 371 e 372, segundo Elias (1999), define que, a autoridade parental deve ser exercida pelos progenitores, divorciado ou não, competindo aos dois o direito, a responsabilidade e a educação dos filhos. Permanecendo casados judicialmente, a guarda compete ao pai e a mãe, acontecendo a separação, a guarda pode tanto ser exclusiva a um dos pais ou compartilhada aos dois.

A Lei 93-22 de 1993, conforme Elias (1999), estabeleceu a guarda conjunta como uma entrada para a Guarda Compartilhada. Com o divórcio, a autoridade parental seria desempenhada comumente pelos pais, sendo adjudicada a guarda exclusiva se causada pelo critério do melhor interesse da criança. A residência fixa conservar-se-á.

Com nova regulamentação, a Lei 2002-305 de 4 de março de 2002, modificou o Código Civil Francês no que diz respeito à autoridade parental e à proteção do menor. Diante da nova lei, o divórcio do casal implica que aos filhos se resguarda a autoridade parental, extinguindo-se o artigo 287. A nova lei leva a proibição da alternância de residência, sendo esta obstada apenas se contrariar o interesse da criança.

Presentemente (2016), de acordo com Elias (1999), com a nova lei, o Código Civil da França traz as seguintes consignações: estabelece em seu artigo 372, que o pai e a mãe exercem em comum a autoridade parental, complementando no artigo 373-2 que a separação dos pais não dificulta o exercício da autoridade parental, sendo dever de cada um deles manter relações pessoais com o filho. Exige, ainda, que toda mudança de residência de um dos pais que afete a modalidade de exercício da autoridade parental deve ser informada ao outro cônjuge, previamente, em tempo útil, devendo o juiz em caso de discórdia decidir conforme o interesse da criança.

⁶ A jurisprudência francesa mostrou-se favorável à nova modalidade de guarda, o que resultou na Lei 87.570, de 22 de julho de 1987, denominada lei *Malhuret*, que modificou o Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental.

A guarda exclusiva, de acordo com o artigo 373-2-1, permanece sendo desempenhada apenas quando for de interesse da criança, precisando ser assegurado o direito de visita e hospedagem, bem como o direito e o dever de fiscalizar sua manutenção e educação. No parágrafo 3º da referida Lei, alusivo à ingerência do juiz nos assuntos de família, o Código permite, no artigo 373-2-6, que o juiz possa adotar medidas avalizadoras da ininterrupta e eficaz defesa dos laços dos filhos com cada um de seus pais. O artigo 373-2-9 permite que a morada do filho seja anexa com intercalação do domicílio de cada um dos pais ou fixa no domicílio de apenas um deles. Diante da rogação de um dos pais ou no evento de desinteligência entre eles sobre o modo de residência do filho, o juiz pode dispor, a título provisório, uma residência alternada cuja duração ele determinará, até que se decida a residência definitiva, alternada ou fixa.

Conforme alude Martin Defresne e Hélène Palma (2016), o Estado relevaria a morada alternada como uma atenção da autoridade parental, adjudicada conjuntamente pelo novo artigo 371-1. Para esses autores, o Código Francês estabelece um processo de interposição, no artigo 373-2-10, indicado pelo juiz, que precisa lidar na busca do acordo, com o desígnio de promover um exercício consensual da autoridade parental, podendo também o juiz prevalecer-se de pessoas qualificadas para realizar uma pesquisa social, segundo o artigo 373-2-12. O Código adequa ainda que, os acordos homologados ou as decisões referentes ao exercício da autoridade parental podem ser alterados pelo juiz, a pedido dos pais ou do Ministério Público, conforme prevê o artigo 373-2-13. O Juiz, em concordância com o artigo 373-2-11, ao determinar sobre as modalidades de guarda, deve levar em consideração várias questões, entre elas, as emoções manifestadas pela criança; o caráter de cada um dos pais em admitir seus deveres e respeitar os direitos do outro; a decorrência da perícia, eventualmente executada, levando em conta a idade da criança; e as informações adquiridas pelas pesquisas sociais e as experiências tidas anteriormente pelos pais.

Como constata-se, o Direito Francês deu os primeiros passos ao pensar um novo formato para os cuidados com os filhos após a separação dos pais. O tempo se incumbiu de difundir-lo e aprimorá-lo.

Direito Americano

No início dos anos da década de 1970, alguns grupos de pais, que ansiavam em prosseguir a relação com os filhos em seguida ao divórcio, principiaram um movimento em favor da Guarda Compartilhada que, em seguida, cresceu, formando grupos e divulgando o novo sistema e seus benefícios. Roman diz que, “A guarda compartilhada nos Estados Unidos aparece com o fim da presunção maternal na pertinência da guarda, a igualdade entre homem e mulher e a busca do melhor interesse da criança” (ROMAN, 1979, p. 174).

Conforme Joan B. Kelly,

No início dos anos 70, se expandiria a literatura acerca da contribuição dos pais no desenvolvimento de seus filhos e grande parte das mulheres já trabalharia fora de casa, o que exigiria cada vez mais a presença do homem nos cuidados com os filhos, crescendo o interesse em compartilhar a guarda (KELLY, 1994, p. 3).

Morgenbesser e Nehls (1981) asseguram que, desde 1953, o estado da Carolina do Norte teria alterado uma lei que consentiria a guarda dividida. Essa era uma combinação muito parecida com a Guarda Compartilhada. No entanto, esta somente se tornou lei em 1977 no estado de Oregon. Tal legislação, entretanto, não incitou outros estados a adotarem a Guarda Compartilhada, pois, de acordo com Roman (1979) e Haddad (1979), não teria

regulado diretrizes de como e quando seria apropriada a decisão a favor deste arranjo de guarda.

Em 1978, segundo Morgenbesser e Nehls (1981), o estado de Wisconsin teria aceitado categoricamente, por meio de um estatuto, a Guarda Compartilhada, só que, dessa vez, dando um sentido claro e característico do instituto. Nada obstante, foi no estado da Califórnia, a partir do estatuto da Guarda Compartilhada (*joint custody statute*), que o novo acordo tomou entusiasmo e cresceu. A lei do estado da Califórnia advertiu o contato sucessivo com ambos os pais e a necessidade de encorajá-los a compartilhar os direitos e responsabilidades no crescimento da criança. Hoje, mais de 40 (quarenta) estados possuem estatutos antevendo a Guarda Compartilhada. Kelly diz que, “O efeito dessa legislação promoveu um crescimento de atitudes positivas de envolvimento dos pais após o divórcio, entre os próprios pais, os advogados, os psicólogos e os juízes” (KELLY, 1994, p. 3).

Nos EUA não tem um preceito único para determinar qual o modelo de guarda que deve ser seguido. Os pais têm uma multiplicidade de acordos disponíveis para que possam cuidar dos filhos em seguida do divórcio. Leite afirma que, “Além das inegáveis características comuns, cada Estado tem seu próprio projeto de lei” (LEITE, 1991, p. 31). Compete a cada estado escolher ou não pelo regime da Guarda Compartilhada, versada como *joint custody* ou *shared parenting*, não havendo, deste modo, uma uniformidade no seu aproveitamento.

Para impedir os eventuais conflitos de competência que possam aparecer, já que cada estado capta sua própria lei no tocante à guarda de filhos, foi editado o *Uniform Child Custody Jurisdiction Act em 1968*. A interposição é muito comum nos Estados Unidos e pode ser analisada por disposição dos pais ou sugestão do advogado, antes mesmo de ingressar na Justiça.

De acordo com a *American Bar Association*⁷, a Guarda Compartilhada seria liberada em 45 estados. Determinados estados lançariam a sua presunção. Há aqueles que geram sua presunção apenas com a concordância dos pais e alguns como uma preferência pela Guarda Compartilhada. Nos estados em que não é expressamente apurada, é garantida a presunção de que a criança precisa manter-se frequente e contínua em contato com ambos os pais. Nos Estados Unidos é comum a divisão da Guarda Compartilhada de forma jurídica (*joint legal custody*) e física (*joint physical custody*), permanecendo a critério de cada estado adotar ambas ou apenas a jurídica.

O estabelecimento da Guarda Compartilhada nos Estados Unidos tem sido muito exposto e discutido, sendo tema de diversas pesquisas e frequentemente seguido nas decisões judiciais. Conforme Waldyr Grisard (2002), no estado do Colorado, a Guarda Compartilhada seria adjudicada de 90% a 95% dos acontecimentos e na Califórnia esse número seria de 80%.

Constata-se uma trajetória diferente acerca da Guarda Compartilhada dos Estados Unidos em relação aos países abordados anteriormente. Percebe-se que a nação constrói seu direito segundo a sua realidade histórica, social e cultural.

Direito Português

Em Portugal, a Guarda Compartilhada se fortifica a partir de 1995. Pode-se proferir que é na Constituição da República de Portugal, que a Guarda Compartilhada descobre seu embasamento. A Constituição de 1976 revoga o sistema patriarcal, gerido pelo

⁷ Ver sobre American Bar Association em: Disponível em: <www.abanet.org/media/factbooks/cht4.html>. Acesso em: 8 jan. 2004.

Código Civil de então, equiparando-se homens e mulheres e conferindo a ambos o poder parental. Mas, é no artigo 36, n. 6 do Código Civil que Francisco Pereira Coelho enuncia:

O “princípio de inseparabilidade dos filhos de seus progenitores,”²⁹², que se encontra a importância dos pais na vida dos filhos. A Constituição determina que “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial” (COELHO, 2001, p. 149).

Apesar disso, a reforma do Código Civil de 1977, declara a igualdade entre os pais no exercício do poder parental, mas esse fato não acarreta qualquer preceito de Guarda Compartilhada. Com a reforma de 1977 desse Código, o artigo 1906 determinava que o poder parental fosse desempenhado pelo progenitor a quem o filho constituísse confiado. Maria Clara Sottomayor assevera que,

Embora a guarda conjunta ter-se constituído pelo legislador de 1977, ela foi abdicada, pois até então, como consequência das estruturas familiares tradicionais, o divórcio era um evento raro e conflituoso, sendo a taxa de divórcios litigiosos superior à dos divórcios por mútuo consentimento, o que fazia supor a dificuldade de entre ex-cônjuges se estabelecer uma relação amigável que permitisse o exercício conjunto do poder parental (STTOMAYOR, 2001, p. 54).

Foi em 1995, que a Lei n. 84/95 de 31 de agosto, decompôs o Código Civil, segundo Sttomayor (2001). Compreendeu neste Código, como interesse da criança, o de conservar uma adjacência com o progenitor a quem não fosse confiado e admitiu a opção dos pais pelo exercício em comum do poder familiar em caso de separação, divórcio, nulidade ou anulação do casamento, separação de fato e fim da união quando os progenitores não viviam unidos pelo matrimônio. Tudo isso está estabelecido no Código Civil Português nos artigos 1905, 1906, 1907 e 1912.

De acordo com Sottomayor (2001), observando o Código Civil Português, os ensejos determinados para introduzir a Guarda Compartilhada constituiriam, em primeiro lugar, do interesse da criança, sobretudo, suas necessidades afetivas e emocionais. Além disso, a incumbência igualitária dos pais pelos filhos e, por último, mudanças sociais que banalizaram o divórcio e o transformaram num acontecimento menos conflituoso possibilitaram essa discussão e afirmativas sobre o tema de forma legal.

Em 1999, modificou-se a legislação referente à guarda pela Lei 59/99, que ressaltou a precisão da concordância dos pais e obrigou os magistrados a tentar um acordo entre eles para aquisição da guarda conjunta e, em não sendo possível, originou que motivasse sua disposição e, dessa forma, “fora revogado o princípio do exercício unilateral” (GRISARD FILHO, 2002, p. 119).

Portanto, hoje em dia em Portugal, a Guarda Compartilhada é verificada pelo Código Civil. Contudo, sempre que existir acordo entre os pais, determinando anteriormente questões concernentes à vida do filho, ou seja, decreta-se uma estipulação de “critérios de razoabilidade”, para que se conserve as qualidades que fortificavam na obstinação da união do casal (SOTTOMAYOR, 2001). Caso não exista acordo, necessita que o Tribunal, tenha como base na sua decisão, determinar que o poder parental seja exercido unicamente por um dos pais.

Por fim, pensar o direito comparado em relação a Guarda Compartilhada possibilitou refletir sobre a sua trajetória. Para compreender melhor sobre o assunto, a jurisprudência foi um recorte desse estudo.

CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA: EFEITOS JURÍDICOS PARA OS PAIS E O MENOR

A Guarda Compartilhada, nos termos admissíveis até a atualidade, baseava-se, preferencialmente, no mútuo consentimento dos pais. Por ser, relativamente, recente no direito brasileiro, a influência do princípio do melhor interesse do menor, bem como o seu reconhecimento somente com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente é que se priorizaram as necessidades dos filhos diante de uma eventual ruptura conjugal.

Vislumbra-se, ainda, que são poucos os pedidos de guarda conjunta que acabam deferidos pelos Tribunais de Justiça. Esse fato é constatado no recurso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que se constituiu nosso objeto de estudo. Com relação a este julgado, foram levados em consideração, os itens que se encontram em destaque:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO.

1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida.

NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2015, p. 1).

Neste e em outros julgados em que a Guarda Compartilhada é deferida ou mantida, o que se vislumbra na decisão é a preocupação do bem-estar do menor. Ressalta-se que é pacificado, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, o entendimento de que o interesse do menor sobrepõe os dos seus progenitores.

Percebe-se que a finalidade do legislador foi a de designar e aplicar um modelo de guarda onde tenha conformidade e respeito entre os pais. Ambos necessitam ter ciência das responsabilidades que irão obter e, principalmente, que o modelo de guarda selecionado possui o objetivo de proporcionar benefícios aos filhos menores.

Portanto, como demonstrado, a guarda do menor, somente deve ser modificada segundo o princípio de interesse do infante e mediante comprovação de fatos relevantes que desmereçam a atuação do guardião. E, não havendo provas de que o menor esteja passando por dificuldades, a guarda não deve ser alterada.

O Agravo de Instrumento Nº 70066280785, também regulamenta a guarda de menor, mediante litígio dos pais. O documento narra: “**AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM**” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2015, p. 1).

Os autos do processo elencam os motivos que devem ser considerados para a definição desse modelo de guarda:

Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e o alimentado. Conclusão nº 47 do CETJRS. 8. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso parcialmente provido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2015, p. 4).

Portanto, como demonstrado, a guarda do menor somente deve ser modificada segundo o precípua interesse do infante e mediante comprovação de fatos relevantes que desmereçam a atuação do guardião. E, não havendo provas de que o menor esteja passando por dificuldades, a guarda não deve ser alterada. Os autos expõem que, entre o interesse dos pais e dos filhos, deve ser ponderada sempre a questão do menor. O filho não é um objeto dos genitores, por isso, deve ser respeitado no momento da definição da guarda. No caso da Guarda Compartilhada, a relação entre os pais deve ser harmoniosa, possibilitando uma interação e integração de respeito entre os envolvidos. Os genitores são responsáveis pelos filhos, independente do seu gênero. Waldir Grisard Filho assevera que,

Os Tribunais brasileiros têm encontrado como principal barreira para a concessão da Guarda Compartilhada a probabilidade da formação de um ambiente hostil para a criança em desenvolvimento, em decorrência da animosidade quase sempre presente entre os pais durante ou após a separação (GRISARD FILHO, 2002, p. 190).

A Guarda Compartilhada é um progresso na legislação brasileira. O motivo para acreditar nesse avanço está no fato de que, ao julgar os recursos referentes a ela, muitos tribunais brasileiros têm ampliado, de maneira significativa, a discussão em torno dos interesses do menor.

Waldir Grisard Filho, em seu entendimento, assevera que,

(...) nível jurisprudencial, que vem garantindo a manutenção dos vínculos parentais, aplicando a cada caso concreto a melhor solução, a Guarda Compartilhada desenvolve-se em eco ao sufrágio universal do melhor interesse do menor, como critério fundante da atribuição da guarda (GRISARD FILHO, 2002, p. 190).

Através das jurisprudências apresentadas, verificou-se que, a Guarda Compartilhada vem sendo requerida por muitos pais que, após a ruptura conjugal, desejam continuar tendo a mesma relação com seus filhos. Ressalta-se, no entanto, que, a separação do casal não pode ser razão de afastamento do genitor por sua prole. Contudo, nos casos em que

os pais continuam tendo conflitos após a separação, esta modalidade de guarda não é a mais indicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de estudo consistiu em pensar o instituto da Guarda Compartilhada, motivada pela separação dos pais, evidenciando sua importância e consequência em relação à vida dos filhos, assim como analisou as repercussões desse fato sobre o menor, principalmente no campo afetivo, cujos fundamentos da convivência, implicam em responsabilidade parental.

Para tanto, procurou-se na pesquisa pensar o estabelecimento da Guarda Compartilhada no ordenamento jurídico do direito da família e constatou que os pontos principais a serem destacados foram às mudanças significativas sucedidas no decorrer dos tempos no ambiente familiar, partindo desse princípio, à obrigatoriedade de algumas adaptações.

Observando o que cotidianamente vem acontecendo, pode-se entender, que a quebra do casamento cresce de uma maneira avassaladora e, com isso, nascem os maiores problemas na família. Com o fim do relacionamento conjugal, a estrutura familiar fica abalada, e a parte mais frágil na relação, que são os filhos, se não for tratado com os cuidados devidos, serão prejudicados em seu desenvolvimento e muitos deles acabarão sofrendo um choque muito grande motivado pela separação dos pais.

Ao analisar a procedência e evolução histórica do instituto da Guarda Compartilhada verificou-se, que ela apresenta um processo histórico na construção da legislação brasileira e, igualmente, na estrangeira.

Ao comparar o estabelecimento do direito em relação à Guarda Compartilhada em outros países, comprovou-se a sua eficácia e mostrou que, quando desempenhada pelos pais capazes de isolar seus filhos de conflitos conjugais e, quando os mesmos compreendem que os filhos prosseguirão tendo um pai e uma mãe, mesmo com a extrusão conjugal de seus pais, ela funciona.

Identificou-se e avaliou-se os efeitos jurídicos tanto em relação aos pais quanto ao menor, a partir da concessão da Guarda compartilhada. Estudou-se e analisou-se o instituto da guarda dos filhos menores de pais separados e, particularmente a Guarda Compartilhada. Constatou-se que essa modalidade é a melhor forma de educar as crianças. Esse modelo concorda com o formato da sociedade atual, visto que, neste exemplo, os pais dividem os encargos pelas disposições significativas concernentes à vida dos filhos. O que é de vital importância na formação moral e psicológica dos filhos é o que deve ser priorizado.

Examinou-se e apresentou-se, com fundamento na lei, na doutrina e na jurisprudência a concessão da Guarda Compartilhada. A legislação que possibilita a aplicação da Guarda Compartilhada por decisão judicial, entende que, para esse arranjo atingir plenamente seus objetivos, deve haver consenso entre os pais em relação a essa escolha. Sua eficácia necessita de bom senso e colaboração mútua entre os genitores para alcançar o efeito desejado, ou seja, atender os interesses da prole e dos próprios pais.

Deste modo é importante salientar que, esta modalidade de guarda de filhos é redundantemente especial e intensa. É tomando parte, participando, compartilhando, partilhando com alguém, ou seja, é transmitindo carinho, amando, estando presente na vida do filho, participando de sua vida escolar, estabelecendo um diálogo constante acerca de todos os assuntos, tais como, arte, lazer, religião, turismo, esporte, cultura, etc. que se forma uma criança saudável para enfrentar o mundo.

Assim, guardar engloba, sobretudo a educação, pois sabe-se que, educar significa mais que manutenção financeira, abrange, inclusive, a manutenção moral. Para tanto, é fundamental que sejam observados e respeitados os interesses e os sentimentos do menor com a finalidade de alcançar esse objetivo.

Enfim, concluiu-se que, a Guarda Compartilhada, neste momento, é a melhor alternativa dentre os modelos de guarda de filhos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, pois, esta acolhe os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade entres os cônjuges e companheiros e da convivência familiar. Ela deve ser aplicada por pais responsáveis, preocupados em dar aos filhos o melhor e conscientes de que a extrusão do vínculo conjugal nunca pode afetar os direitos dos filhos, que merecem contar com o amor, carinho, apoio e proteção de ambos os pais, durante toda sua vida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Wellington Lopes. **Da guarda compartilhada dos filhos**. 2001. Disponível em: <<http://uj.com.br/publicações>>. Acesso em: 25 ag. 2016.

_____. Guarda e convivência dos filhos após a Lei n. 11.698/2008. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 6, p. 33, out. / nov. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70066280785**. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 04/11/2015

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental**. Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187-207.

BBC NEWS ON LINE. Disponível em:<news.bbc.co.uk>. Acesso em: 07 jan. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Vademecum da Legislação Pátria. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Institui nova redação no Código Civil. Vademecum. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Vademecum. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Carlos Alberto da Mota Pinto. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Coimbra: Coimbra, 2001.

COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2003, p. 23.

COSSU, Cipriano. Potestà dei genitori, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Vol. XIV, Torino, UTET, 1996, p. 120.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. IBDFAM, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=187>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família** São Paulo: Saraiva, 2002.

DUFRESNE, Martin e PALMA, Hélène. **Autorité parentale conjointe: le retour de la loi du père** 16 setembro 2016. Disponível em: <www.chiennesdegarde.org/article.php?id_article=231>. Acesso em: 28 out. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREEMAN, Michael. **The Moral Status of Children: Essays on the Rights of the Child**. 1.ed. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, c 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, José de Paula Santos. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 139.

KELLY, Joan B. The Determination of Child Custody. In: **The Future Of Children Journal**. Seção Children and divorce, v. 4, n.1, 1994, p. 3. Disponível em: <www.futureofchildren.org>. Acesso em: 8 jul. 2016.

KUMPEL, Vitor Frederico. **Direitos difusos e coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Monografia jurídica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1997, p. 59.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. v. 1.

LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar. **Aspectos Polêmicas da Guarda Compartilhada**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre, 2007. Disponível em:

<http://www.pucrs.br/uni/poa/direito/graduacao/tc/tccll/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2016.

LÔBO, Paulo. Direito civil - Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORGENBESSER, Mel e NEHLS, Nadine. **Joint Custody**: an alternative for divorcing families. Chicago: Nelson-Hall, 1981.

PEREZ, Suellen da Costa. **Guarda compartilhada**: sob o enfoque do melhor interesse do menor. 2005. 60 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81012soboenfoque.htm>>. Acesso em: 25 ag. 2016.

ROCHA, Gabriela Peres; JULIO, Ana Célia de; CABRAL, Francisco Leite. Da guarda compartilhada no código civil brasileiro. In: **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta**, v. 3, n. 3, 2012.

ROMAN, Mel e HADDAD, Wiliam. **The Disponsable Parent**. The Case for Joint Custody. Dallas: Penguin Books, 1979.

SHARED PARENTING INFORMATION GROUP. Disponível em: <www.spig.clara.net>. Acesso em: 06 set. 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Guarda conjunta: a introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDEFAM, v.2, n. 8, jan/mar, 2001. p. 52-61.

TAVEIRA, Alberto Atência. **Guarda compartilhada**: uma nova perspectiva sobre os interesses psicológicos. (2-2), 2002. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81012soboenfoque.htm>>. Acesso em: 25 ag. 2016.

ULLMANN, Alexandra. Guarda compartilhada e poder familiar. Pelo melhor interesse da criança, com a divisão equânime de obrigações e direitos dos pais. In: **Revista Visão Jurídica**, 127 ed.p.1 2016.

ANEXO A

@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LSRR

Nº 70067590067 (Nº CNJ: 0444384-51.2015.8.21.7000)

2015/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO.

1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida.

NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.

| Agravo de Instrumento | Sétima Câmara Cível |
|--|---------------------|
| Nº 70067590067 (Nº CNJ: 0444384-51.2015.8.21.7000) | Comarca de Canela |
| L.S. | AGRAVANTE |
| G.S. | AGRAVADO |
| .. | |
| A.P.B. | AGRAVADO |
| .. | |

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUCIANO S., pretendendo a reforma da decisão, que na ação de modificação de guarda cumulada com exoneração de alimentos ajuizada contra ANA PAULA B., em face do menor Guilherme S., entendeu não ser possível a guarda compartilhada, em razão dos conflitos, deferindo a guarda unilateral

materna, e fixando as visitas em finais de semanas alternados, ficando com o pai das 18 horas de sexta-feira até às 20h de domingo, começando no primeiro final de semana de dezembro, todas as quartas-feiras, das 18 horas, levando-o diretamente para a escola na quinta-feira. No Natal, ficará com o pai na quinta-feira, dia 24/12, devendo ser levado à casa materna às 10 horas do dia 25/12. E, nas férias de janeiro, ficará com o pai a partir e sexta-feira 1/01, às 18h, até 15/01, às 18h, e depois retorna a visita mensal.

Alega que, em 22/07/2014, ingressou com o pedido de guarda unilateral, pois desde 2013 a criança residia nas quartas, quintas e sextas com o pai, e nas segundas e terças com a mãe, sendo que os finais de semanas eram alternados. Aduz que a ação foi calcada na flagrante incompatibilidade dos genitores em exercer a guarda compartilhada ou alternada, bem como na súbita intenção da agravada em alterar a cidade, levando o menor consigo. Assevera que a agravante procurou o CREAS para relatar supostas agressões perpetradas pela madrasta, o que é totalmente inverídico, pois o próprio menor revela que tem ótima convivência com a madrasta. Argumenta a prática de alienação parental.

Pede, por isso, o provimento do recurso, e a revogação da guarda unilateral provisória materna, bem como a fixação das visitas.

Junta documentos.

É o relatório.

Inicialmente, lembro que o exercício do poder familiar implica na obrigação de prestar cuidado existencial, proteção e zelo, o que se deve interpretar da forma mais abrangente possível, compreendendo aspectos de saúde, higiene, educação, lazer, desenvolvimento pessoal, intelectual e afetivo. Em razão disso, quando existe disputa entre os genitores, como ocorre no caso em tela, deve-se buscar sempre a possibilidade mais vantajosa para a formação e o desenvolvimento do menor, porquanto esse é o bem jurídico mais relevante a ser preservado.

Como bem observa EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE (in “Famílias Monoparentais” Ed. RT), a defesa do interesse do menor tem duas funções determinantes ao instituto da guarda: a primeira é um critério de controle, isto é, “instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental”; e a segunda é o critério de solução, ou seja, “a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor”.

Destaco que, para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso em tela, há claro litígio entre os genitores, o que torna descabida a guarda compartilhada estabelecida, pelo menos enquanto não vierem mais elementos de convicção aos autos do processo.

O ideal seria que o filho pudesse conviver com ambos os genitores sob o mesmo teto, numa relação harmônica, num ambiente de respeito e repleto de afeto. Mas isso não é possível. E, quando ocorre a separação dos pais, apenas um pode exercer a guarda, pois o filho tem o direito de ter um lar certo e também uma rotina de vida definida, sendo inadmissível que ele seja tratado como um objeto, ora de uso paterno, ora materno. O filho é titular de direitos, que devem ser protegidos sempre. E, por essa razão, a guarda deve ser definida sempre no interesse do filho. Isto é, não é o interesse ou a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda. E no ambiente de disputas, o filho não pode ser transformada em troféu.

Assim, a chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma

harmônica, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que perca seus referenciais de moradia. Ou seja, é forma que permite a ambos os genitores conviverem com o filho e decidirem sobre a vida e a educação dele.

Cumpra-se destacar que, mesmo com a entrada em vigor da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, deve o Julgador analisar o caso concreto, a fim de verificar a viabilidade de aplicação desse novo regramento, que não teve o propósito de transformar o filho em objeto pertencente em condomínio a ambos os genitores, nem “coisa de uso comum”. Portanto, o estabelecimento da guarda compartilhada é a forma preferencial em todas as situações em que for possível e não se mostre nociva para a criança.

Dessa forma, tenho que a decisão recorrida não merece reforma, motivo pelo qual mantenho a guarda unilateral materna, bem como as visitas tais como estabelecidas.

Neste sentido:

AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e o alimentado. Conclusão nº 47 do CETJRS. 8. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70066280785, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 04/11/2015)

Do exposto, nos termos dos arts. 27, I, c/c 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Porto Alegre, 02 de dezembro de 2015.

DES.^a LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO,
Relatora.

REIS, F.L.C; OLIVEIRA, J.A.P-
“Com quem os filhos ficarão?”: Guarda dos filhos após a dissolução da união do casal