



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG**  
**FACULDADE DE DIREITO - FADIR**  
**CURSO DE DIREITO**

**RAHIANA PERTILE CARDOSO**

**O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO  
BRASILEIRO: HISTÓRIA, (DES) NECESSIDADE E EFETIVIDADE**

**RIO GRANDE**

**2016**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG**  
**FACULDADE DE DIREITO - FADIR**  
**CURSO DE DIREITO**

**RAHIANA PERTILE CARDOSO**

**O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO  
BRASILEIRO: HISTÓRIA, (DES) NECESSIDADE E EFETIVIDADE**

Trabalho apresentado ao Curso de Direito Bacharelado da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>: Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira

**RIO GRANDE**

**2016**

Cardoso, Rahiana Pertile

O instituto da guarda compartilhada no Direito Brasileiro: História, (des)necessidade e efetividade/Rahiana Pertile Cardoso – 2016.

56 f.

Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Curso de Direito, Rio Grande, 2016.

Orientação: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira.

1. Direito de Família. 2. Guarda Compartilhada. I. Título.

RAHIANA PERTILE CARDOSO

**O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO  
BRASILEIRO: HISTÓRIA, (DES) NECESSIDADE E EFETIVIDADE**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Profª Drª: Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira (Orientadora)

---

Professor (a) Jaime John (Banca examinadora)

---

Professor (a) Maria Cláudia Crespo Brauner (Banca examinadora)

RIO GRANDE

2016

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, por sempre me proteger e me guiar pelo bom caminho, jamais tendo me deixado desamparada, ainda que eu tenha passado por momentos difíceis muitas vezes de desespero e desilusão. Senhor, agradecerei todos os dias da minha vida a ti, por ter me permitido vivenciar tantas lições neste lapso temporal; por ter me permitido evoluir espiritualmente, por estar aqui neste momento.

Agradeço a minha família, em especial a minha mãe e ao meu pai, que nunca mediram esforços para me ajudar, sempre me apoiando para que eu não fraquejasse e muitas vezes enchendo os olhos de lágrimas comigo nos momentos de aflição. Aqui em Rio Grande eu aprendi que jamais vai existir um amor superior ao de mãe e pai. Eu amo vocês.

Agradeço ao meu querido Paulo, por toda paciência e dedicação que teve comigo ao longo destes anos.

Agradeço a minha orientadora, Professora Simone, por toda sua paciência, por ter me acalmado e me incentivado, quando eu achava que não dava mais, que não iria conseguir. Simone, querida, tu tens o dom da fala, o dom de transmitir boas energias, o mundo precisa de mais pessoas como tu, pois é nítido que tens amor pelo que fazes, te entregando de alma e coração, e é disso que o mundo precisa, de pessoas inteiras e de alma transparente. Sou muito grata por teres me aceitado, de coração.

A FURG, por ter me proporcionado tantos momentos de felicidade, por ter me permitido conhecer tantas pessoas especiais, de coração imenso, de alma iluminada, mas acima de tudo, por ter me proporcionado tanto aprendizado e tanta evolução como ser humano.

Obrigada, obrigada Deus!

## RESUMO

Muito antes da promulgação de nossa prolixa, social e democrática Constituição Federal de 1988, o conceito de família vinha sofrendo diversas incrementações e modificações. Social e juridicamente passou-se a aceitar famílias homoafetivas e monoparentais. Assim sendo, em um contexto geral, podemos garantir que as transformações ocorridas, não apenas do ano de 1988 para cá, mas sim ao longo do século, influenciaram profundamente nas relações parentais existentes entre pais e filhos. Os papéis desempenhados por cada sujeito dentro de uma família não são mais estagnados e objetivos. A histórica compreensão de que os menores deveriam continuar sob a égide dos cuidados maternos, ao que tudo indicava, parecia superada, dando fim à clássica pergunta “com quem os filhos deveriam ficar”. Todavia, a separação litigiosa é um tema extremamente delicado e difícil de ser desenvolvido no sentido sócio-psicológico dos seus figurantes. Assim, considerando que todas as pessoas são sujeitos de direitos na órbita jurídica, muitas vezes compete ao magistrado, com base nos princípios norteadores do direito, resguardar o melhor para a criança e/ou adolescente. Desta maneira, com o presente estudo, buscaremos demonstrar como ocorreu a evolução da família, dos institutos relativos à guarda até chegarmos ao modelo atual de guarda compartilhada, bem como demonstraremos como referida evolução foi importante no âmbito social para todos os integrantes da família. Por fim, como análise final do referido trabalho, buscaremos explorar se efetivamente o instituto da guarda compartilhada vem sendo aplicado em nossa sociedade, qual sua fundamentação jurisprudencial, bem como faremos uma reflexão acerca da (des) necessidade de referido instituto para as famílias em período de ruptura. A metodologia utilizada no desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso será a revisão bibliográfica de doutrinas, leis, dados e artigos, bem como análise de jurisprudência.

**Palavras-chaves:** Guarda compartilhada. Evolução. Efetividade.

## ABSTRACT

Long before the promulgation of our prolix, social and democratic Federal Constitution of 1988, the concept of family has suffered many incrementations and modifications. Families affects and single-parents have become social and judicially accepted. This way, generally speaking, we can guarantee that the transformations that occur, not only from 1988 until today, but over the whole century, have profoundly influenced the parental relations existent between parents and their children. The roles played by each person in a family are not stagnant or objective anymore. The historical comprehension that the young must continue among the parental care of the mother seemed to have been overcome, ceasing the classic question "so who will the kids stay with?" However, the litigious separation is an extremely delicate and difficult subject to be dealt with, in the social and psychological sense of its participants. Considering that every person has rights in juridical terms, it is the magistrates' competence, based on the guiding principles of the law, to guarantee what is best for the kids and/or adolescence. In this way, with the present study, we seek to demonstrate how the evolution of the family occurred, from the institutes regarding custody until the present model of share custody. We will also seek to demonstrate how the referred evolution was socially important for all of the members of the family. At last, as the final analysis of the study, we seek to explore if the institute of shared custody effectively has been applied in our society, what is the jurisprudential grounding being used, and finally we shall reflect upon the (un) necessities of the referred institute for families in times of disruption. The methods utilized for the development and execution of this end of course paper shall be the bibliographic revision of doctrines, data, laws and articles, as well as a jurisprudential analyses.

**Keywords:** Shared custody. Evolution. Effectiveness.

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>IV</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>V</b>
<b>ABSTRATC</b> .....	<b>VI</b>
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>08</b>
<b>2 HISTÓRIA DA FAMÍLIA</b> .....	<b>11</b>
2.1 A FAMÍLIA PRIMITIVA.....	12
2.2 A FAMÍLIA EM ROMA.....	12
2.3 A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO.....	13
2.4 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	15
2.5 A CRIANÇA NA HISTÓRIA DA FAMÍLIA .....	16
<b>3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	<b>20</b>
3.1 DO DIREITO DE FAMÍLIA DA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL AOS DIAS ATUAIS .....	20
3.1.1 A Constituição Imperial de 1824 .....	20
3.1.2 A Constituição Republicana de 1891.....	21
3.1.3 A Constituição de 1934 – a Era Vargas na República .....	21
3.1.4 A Constituição de 1937 – a Era Vargas na Ditadura .....	22
3.1.5 A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969.....	22
3.1.6 O Código Civil de 1916, a Lei nº 6.515 de 1977 e o Direito da Família.....	25
3.1.7 Panorama Atual – A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Direito de Família, da Criança e do Adolescente.....	26
3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	27
3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	28
3.2.2 Princípio da Solidaridade .....	29
3.2.3 Princípio da Liberdade e Igualdade .....	29
3.2.4 Princípio do Pluralismo Familiar.....	30
3.2.5 Princípio da Afetividade .....	31
3.2.6 Princípio do Melhor Interesse da Criança .....	32
3.3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO .....	34
<b>4 ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL</b> .....	<b>45</b>
4.1 ANÁLISE DAS JURISPRUDÊNCIAS DA SÉTIMA E OITAVA CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	45
4.2 A EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	52
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso realiza uma análise histórica, principiológica e jurídica da evolução do conceito de família, desde os primórdios até os tempos atuais, com um enfoque específico nos filhos menores e no instituto da guarda compartilhada que é atualmente prevista em nosso ordenamento como regra.

Inicialmente realizaremos uma análise histórica buscando sintetizar em um capítulo uma breve resenha das estruturas de famílias que se constituíram ao longo do tempo nos diversos tipos de sociedade. Para tanto, analisaremos a família primitiva, a família na Roma antiga, a família do direito canônico, a família contemporânea e a família atual.

Esta análise será de suma importância para a construção teórica deste trabalho, tendo em vista que sem uma base histórica, seria inconcebível sabermos como chegamos ao atual *status* politizado de família, pois a família sempre foi a célula mais importante da sociedade, seja desde a família primitiva até a família moderna.

Neste contexto, verificaremos que as famílias nem sempre possuíram essa formação presente; nem sempre as mulheres possuíram direitos iguais aos homens, tampouco os laços que uniam as famílias eram de afetos, tendo sido o matrimônio muito tempo tratado como um 'negócio de homens', uma troca patrimonial. Deste modo, iniciaremos a análise da família primitiva, que era extremamente baseada em instintos de sobrevivência, onde a monogamia era algo que sequer os indivíduos chegaram a pensar, até chegarmos à família moderna monogâmica, baseada em laços de afeto.

Exploraremos também a figura da mulher ao longo das diversas sociedades existentes em nosso mundo. E de início já podemos adiantar que as mulheres, após uma lenta e árdua revolução feminista, ocorrida no subúrbio da legislação planetária e não apenas brasileira, pleitearam, a duras penas, a conquista de direitos/deveres em igual patamar aos que eram concedidos aos homens.

E este foi um marco essencial na história do mundo, pois a partir do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, a figura do sexo frágil deixou de existir.

O homem, por sua vez, deixou de adotar uma postura machista e conservadora, descendo de seu trono e não mais exercendo o papel estante na sociedade de ser superior, dotado do absoluto pátrio poder. Desta forma, o varão passou a se interessar mais pelos assuntos referentes a sua família, não tratando sua esposa como “um móvel da casa”, colaborando com as tarefas domésticas, inclusive no cuidado dos filhos, até chegarmos ao estágio atual do pleito de guarda compartilhada, visando uma divisão igualitária de direitos e deveres para com as mulheres.

A intenção do presente trabalho é propor a reflexão ao leitor que, se chegar ao fim deste estudo, sem ao menos refletir que os papéis de homens e mulheres parecem terem se invertido na sociedade atual, pois atualmente é o genitor que quer desfrutar da guarda compartilhada, buscando uma igualdade de direito para com a mulher, concluiremos que não desenvolvemos nosso objetivo com clareza.

Após, passaremos a analisar qual foi e é o papel desempenhado pelas crianças e adolescentes ao longo dos anos em suas respectivas famílias. Para isto, recorreremos a uma análise um pouco mais sociológica, buscando auxílio em autores como Àries (2012), Badinter (1985), Prost (2009) e Rousseau (2002). Ressaltamos que, no referido estudo sociológico realizado, verificamos que, no que tange à atenção dedicada à criança e ao adolescente, tanto a legislação como a doutrina foram trocadas por “tardias no reconhecimento dos mesmos como sujeitos de direitos”, pois apenas após o século XX, os doutrinadores e legisladores passaram a se interessar pelos infantes, deixando de vê-los como coisas, e passando a enxergá-los como seres “dignos de proteção legal” .

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, conferiram aos filhos menores especial proteção, incluindo-os na doutrina da proteção integral, visto que aqueles foram e são considerados seres em formação, necessitando de todo amparo possível da sociedade e de sua família. Neste sentido, logo após a autonomia concedida às mulheres, temos que esse foi um dos primeiros passos legais para a transmutação do conceito de família ao longo do tempo, deixando as crianças de serem vistas como meros objetos, passando a colocá-las no centro da sociedade.

Nesse mesmo sentido, conforme já salientado, a mulher deixou de ser o sexo frágil. Neste contexto, a Constituição Federal foi o marco histórico no Brasil, ao

conceder à mulher o mesmo *status* legal do homem, elencando que todos são iguais perante à lei, sem discriminação de qualquer natureza.

O Código Civil de 2002, por sua vez, pode ser considerado como uma legislação extremamente avançada, para a época de sua promulgação, visto que inicialmente permitiu a separação conjugal, não atribuindo mais à mulher a condição de desquitada; instituiu a guarda unilateral; após, alterou o referido dispositivo referente à guarda, instituindo o modelo da guarda compartilhada e posteriormente tornando-o a regra e não a exceção.

O que ocorreu, de fato, foi uma verdadeira metamorfose na vida da família moderna, a mulher ganhou autonomia, passou a laborar em fábricas, bancos, a ser empresária; o homem por sua vez quis e viu-se obrigado a participar mais da vida de sua família, cooperando com o a criação de seus filhos e com a realização de afazeres domésticos. Todavia, como nem toda evolução é perfeita, em contrapartida, considerando que o casamento passou a ser solúvel, e a mulher passou a não ficar mais com o atributo de 'desquitada', o grande número de separações só vem aumentando a cada ano. Assim, a legislação brasileira vem buscando meios de adaptar-se às modificações sociais ocorridas na sociedade, visando proteger os filhos fruto dos casamentos, pois, conforme será explanado melhor ao longo deste estudo, a Constituição Federal inseriu as crianças e adolescente na doutrina da proteção integral.

Neste contexto, visando assegurar aos menores a continuação dos vínculos afetivos com seus genitores e buscando dar continuidade ao poder parental, foi inserido no ano de 2008 a expressão 'guarda compartilhada' em nosso Código Civil, e após, em 2014, o instituto da guarda compartilhada ganhou sua efetiva regulamentação.

Sendo assim, buscaremos analisar quais as peculiaridades que rondam o instituto da guarda compartilhada, quais critérios devem ser observados pelo magistrado ao aplicá-la e por fim, partiremos para a análise jurisprudencial, com fins de verificar como nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem decidindo e fundamentando as lides relativas à guarda compartilhada.

Por fim, discorreremos acerca da efetividade do instituto da guarda compartilhada na sociedade brasileira, buscando trazer ao leitor uma noção real dos fatos ocorridos na atualidade, enfatizando da necessidade de se dar mais atenção às relações familiares que são judicializadas.

## 2 HISTÓRIA DA FAMÍLIA

A família é denominada como a célula da sociedade, nela o indivíduo cresce, se desenvolve, amadurece, cria laços de afetos com seus genitores e parentes e após, passa a ter afeto por outra pessoa, constituindo posteriormente uma nova família, e assim por diante. Tornando a família algo cíclico que, com o passar dos anos apenas se desenvolve mais, adquirindo novos direitos.

O termo família deriva do latim *família*, que se origina *famulus*, que servia como designação para servo, servente ou criado. Inicialmente, o conceito de família servia para designar o conjunto de escravos e propriedades pertencentes a um só homem.

Jean Jacques Rousseau em sua célebre obra O Contrato Social, já lecionava com destreza acerca do tema:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família [...] A família é, portanto, se se quiser, o primeiro modelo das sociedades políticas: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos; e todos eles, tendo nascido iguais e livres, só alienam a sua liberdade com vistas à sua utilidade. Toda a diferença está em que, na família, o amor do pai pelos filhos o paga dos cuidados que lhes presta; ao passo que no Estado o prazer de comandar supre a falta desse amor que o chefe não tem pelos seus povos. (ROUSSEAU, 2002, p. 11).

Dito isso, faz-se necessário dizer que o conceito atual de família foi, ao longo dos séculos, fortemente influenciado por fatores culturais, históricos e sociais. Estes fatores, por sua vez, ocasionaram uma substancial mudança na natureza e composição do referido conceito.

No âmbito dos direitos fundamentais, o Estado, que por muito tempo foi ausente, passou a se interessar de forma efetiva e gradativa pelas relações que envolviam os particulares no seio de suas famílias. Assim, aos poucos, a tutela jurisdicional foi sendo ampliada e, com base em novos valores reinantes na sociedade de cada época, a gama de direitos protegidos foi ampliada.

Especificadamente, no que tange ao modelo patriarcal adotado pela legislação brasileira na época do Império, modelo este que perdurou por boa parte do século XX, faz-se necessário dizer que aquele entrou em declínio com a promulgação da Constituição Social de 1988. O pátrio poder foi substituído pelo

poder familiar. A mulher gradativamente conquistou um lugar de maior relevo na sociedade. E a família passou a ser baseada em laços de liberdade e responsabilidade, possuindo como núcleo o afeto (LÔBO, 2011, p.18-20).

Todavia, como sabido, não basta que seja analisado apenas o atual modelo brasileiro. Precisamos saber como chegamos a tal estágio e, para isso, tomaremos como base a análise de como foram formadas as primeiras famílias até os dias atuais.

## 2.1 A FAMÍLIA PRIMITIVA

A família primitiva foi o primeiro tipo de organização social conhecida que, posteriormente viria a evoluir para formar nossa sociedade atual. Todavia, de início, já se faz necessário fazer uma ressalva, isso porque, conforme San Tiago Dantas escreve em sua célebre obra Direito de Família e das Sucessões,

[...] não se pode considerar aquele grupo (ou formação, se assim preferir), como um modelo de família propriamente dito, tendo em vista que, muito provavelmente, as relações havidas entre os entes/membros da organização, eram apenas voltadas à proteção pessoal/coletiva e satisfação dos instintos sexuais. (DANTAS, 1991, p. 03).

A formação da família natural se dava no par andrógino, relativo da união sexual entre um homem e uma mulher, que conseqüentemente levava a constituição da família, não sendo relevante ao caso se essa união seria temporária ou duradoura. A união sexual seria o fundamento da constituição de um grupo familiar. Desta forma, a 'família' primitiva era fadada a um determinado ciclo, nascer, casar, perder a virgindade, morrer e ser sepultada (o), nada mais que isso (DANTAS, 1991, p. 04).

Pouco se sabe acerca do papel desenvolvido pelas crianças nesta fase.

## 2.2 A FAMÍLIA EM ROMA

Na época clássica da gloriosa Roma, a família romana tinha sua estrutura denominada como tipicamente patriarcal. A frente da família se encontrava o ascendente mais velho da composição familiar, que era denominado de *pater*. Este

por sua vez, reunia todo o poder da família em suas mãos, e sua vontade deveria ser considerada em todas as ocasiões. Na ordem sucessória da família, se encontravam primeiro os filhos, segundo os netos, e depois os bisnetos e tataranetos, desimportando que os referidos membros do grupo familiar atingissem a denominada idade *viril*. Enquanto o *pater* continuasse vivo, todo o poder emanava dele e a ele deveriam obedecer de forma incondicional. Ressalte-se ainda, que sobre o poder do *pater* se encontravam também os escravos e às mulheres (DANTAS, 1991, p. 20).

Obviamente, é de se concluir que o poder dos *pater* sobre os filhos homens, perdurava apenas durante a sua vida. Com a morte do *pater*, os demais sujeitos que se encontram sob seu poder recebiam autonomia e se tornavam *paters* nas famílias que haviam constituído.

Existem dois fatos interessantes, que merecerem ser ressaltados, acerca da condição da mulher na relação conjugal romana. O primeiro fato diz respeito à posição que a mulher ocupava no ato de 'casar'; os romanos consideraram o casamento como um negócio de 'homens', onde a mulher ocuparia sempre uma posição inferior à de seu marido, não possuindo voz ativa para influenciar em algo. O segundo fato interessante diz respeito à condição da mulher que após o casamento, passava a se encontrar sobre o 'poder' de seu *pater* (marido), e que quando este morria, mesmo após o seu enterro, a mulher não se emancipava, ficando sob tutela de um de seus parentes. Apenas muito tempo depois, a mulher romana conseguiu atingir na seara social uma maior capacidade, tornando-se uma *mater familias* (DANTAS, 1991, p. 20 e p. 50).

Por fim, faz-se necessário dizer, apenas para reforçar, que o matrimônio romano era considerado como um negócio de 'homens', onde a mulher ocupava sempre uma posição inferior à do homem.

Não há escritos precisos sobre essa época, no que tange aos assuntos relativos às crianças, sabia-se apenas que todos se encontravam sobre o poder do pai.

### 2.3 A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO

A igreja, desde o início do Cristianismo, tinha como função precípua a de legislar, ditando normas de conduta que deveriam ser seguidas pelos fiéis. Para

tanto, visando dar maior efetividade as suas convicções e ambições, o clero criou os denominados cânones. Os cânones eram as normas elaboradas pela igreja e apenas receberam este nome com fins de diferenciá-las das demais normas criadas pelo Estado (DANTAS, 1991, p. 41).

É sabido por todos que a igreja sempre se interessou por diversos assuntos relativos à vida privada e vida social de seus colaboradores, sendo assim, essas normas criadas pelos eclesiásticos criaram o que hoje conhecemos por Direito Canônico.

Nesta seara, umas das matérias que a igreja mais legislou e editou normas foi justamente a área ligada aos interesses da família. A igreja nesta época se ocupou prioritariamente de dois sentimentos, o amor e a concupiscência<sup>1</sup>. Assim sendo, o matrimônio da livre concepção de junção de um homem e uma mulher, passou a ser considerado um sacramento com o poder de ligar o homem a uma força maior – Deus (DANTAS, 1991, p. 44).

Segundo Dantas (1991, p. 44), nesta época, “não só se cria a prole, não só se multiplica a espécie, como o homem participa de um alto sentimento de que lhe vêm força, equilíbrio e paz”.

Foi preciso que ocorresse a disseminação da palavra de Cristo para que as concepções se modificassem. Guiado por esse princípio revolucionário, que é o amor, a Igreja enfatizou que a autoridade do pai não seria absoluta, que a esposa-mãe não seria mais uma escrava, pondo fim assim, no poder exorbitante do marido (BADINTER, 1985, p. 30).

Na Bíblia sagrada dos Cristãos, mais especificadamente no livro de Marcos capítulo 10: 7-9, referida passagem preceitua uma das bases do matrimônio, enfatizando que: “Por isso, deixará o homem pai e mãe e se unirá à sua mulher, e os dois não serão senão uma só carne. Assim, já não são dois, mas um só carne. Não separe, pois, o homem o que Deus uniu<sup>2</sup>”.

Surge aqui a premissa da perpetuidade do casamento, a ênfase de que após a conjugação carnal, o casamento entre os sujeitos seria algo indissolúvel.

Fato curioso e interessante que deve ser mencionado aqui, é que ao contrário do matrimônio realizado na Roma antiga, onde a mulher era uma simples

---

<sup>1</sup> Concupiscência significa cobiça ou apreço por bens materiais. Disponível em: <http://www.significados.com.br/concupiscencia/>

<sup>2</sup> BÍBLIA, Cristã. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/>> Acesso em: 14 de mai. 2016.

espectadora de seu próprio casamento, o Direito Canônico partiu em sentido inverso, buscou elevar a condição da mulher, visando dar a está o mesmo *status* jurídico do homem. A igreja católica passou a dar ênfase a essa premissa de igualdade entre homens e mulheres, pois para os católicos o casamento deixava de ser considerado uma união política e passava a ser considerada uma união moral, baseada no amor (DANTAS, 1991, p. 51).

Outro trecho importante da Bíblia, que não se pode deixar de mencionar aqui, visto estar realizando uma abordagem histórica, é a passagem de Lucas, (16:17), pois acredita-se que referido trecho tenha sido o marco inicial da valorização das crianças pela igreja, ainda que os sujeitos só entendessem muito tempo depois.

Jesus, porém, chamando-as para si, disse: Deixai vir a mim as crianças, e não as impeçais, porque de tais é o reino de Deus. Em verdade vos digo que, qualquer que não receber o reino de Deus como criança, de modo algum entrará nele.

Frisa-se esta passagem, pois, ainda que inicialmente se passe de modo despercebido, o principal objetivo com esta pesquisa é saber quando e porque os paradigmas mudaram, enfatizando que todos são iguais e merecem o apreço dos doutos e da legislação.

## 2.4 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Sob o olhar cronológico, com fins de traçar uma evolução da família, desde os primórdios até o presente, isso não é algo que se torna impossível fazer, tendo em vista que é fácil vislumbrar que a principal evolução da família, que perdeu suas funções 'públicas' e passou a ter apenas funções 'privadas'. O Estado cada vez mais passou a se preocupar em legislar mais na área de família. Nossa sociedade se encaminha para famílias mais autônomas, humanas e livres de pré-conceitos (PROST, VICENTE, 2009, p.53).

Difícil seria trazer um conceito pronto de família, tendo em vista que hoje em nosso mundo, existem várias composições familiares. Contudo, pode-se afirmar que hoje a família é composta, em sua grande maioria, por laços de afeto.

## 2.5 A CRIANÇA NA HISTÓRIA DA FAMÍLIA

Ao longo das explanações já feitas neste trabalho, falou-se muito da história da família de um modo geral. Todavia, apenas discorreu-se sobre a vida dos cônjuges, não enfatizando muito a figura dos filhos, especificadamente da criança. Isto porque a literatura jurídica não traz a referida especificidade.

Poucos livros que tratam sobre Direito de Família, falam sobre as crianças e o papel que estas desempenhavam na vida da sociedade de determinadas épocas, motivo para que fosse possível trazer para o estudo uma visão real do desenvolvimento do que aconteceu com o papel da criança ao longo dos séculos e porque ela foi tão esquecida, foi necessário buscar na sociologia este aporte teórico.

Com efeito, Philippe Áries em sua célebre obra “História Social da Família e da Criança”, traz uma visão crítica do que teria acontecido com as crianças ao longo dos anos.

Aproximadamente a partir do século XII, os pais tinham como hábito entregar seus filhos, de 7 a 10 anos de idade a outras famílias, ou a um mestre, com fins de que essa criança fosse ‘educada’ por pessoas diversas daquelas que a criaram. As crianças iam para as casas de outras famílias para realizar serviços domésticos, tais como servir a mesa, fazer comida, realizar limpezas e etc.<sup>3</sup>. A escola aqui seria um privilégio de poucos, e os únicos ensinamentos passados às crianças seriam através de suas famílias substitutas e mestres (ÁRIES, 2012, p.154-155).

Áries (2012, p. 158-159), enfatiza que:

A criança desde muito cedo escapava à sua própria família, mesmo que voltasse a ela mais tarde, depois de adulta, o que nem sempre acontecia. A família não podia, portanto, nessa época, alimentar um sentimento existencial profundo entre pais e filhos. Isso não significava que os pais não amassem seus filhos: eles se ocupavam de suas crianças menos por elas mesmas, pelo apego que lhes tinham, do que pela contribuição que essas crianças podiam trazer à obra comum, ao estabelecimento da família. A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. No caso de

---

<sup>3</sup> Atualmente, mandar os filhos para casas de outras pessoas, com fins de realização de trabalhos domésticos, por um grande período de tempo como acontecia naquela época, com toda certeza caracterizaria trabalho escravo infantil, e os pais hoje, responderiam pelo crime conjuntamente com quem ‘contratasse’ esses serviços. Ressalta-se que, muito provavelmente naquela época não havia pagamento às crianças, como forma de retribuição dos serviços prestados, tendo em vista que o trabalho realizado pelos menores era considerado como uma ‘escola para a vida’.

famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio ou a 'casa' dos amos e dos senhores onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem ao menos tinham uma casa, eram vagabundos sem eira nem beira, verdadeiros mendigos). Nos meios mais ricos, a família se confundia com a prosperidade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava provocado pelas antigas relações de linhagem.

A partir do século XV, este cenário mudou. Os sentimentos relativos à família se transformaram. Essas transformações se deram através da mudança na metodologia de ensino aplicada aos menores. Os menores, por sua vez, tendo em vista que as instituições de ensino deixaram de serem reservadas exclusivamente ao clérigo, passaram a frequentá-las. Essa modificação na metodologia de ensino das crianças correspondeu a uma preocupação dos pais em vigiar seus filhos, não os abandonando mais por tanto tempo. Ao que tudo indica, parece que o sentimento de família nasceu ao mesmo tempo em que a escola foi aberta, e deixou-se de mandar os filhos para serem ensinados nas casas de outras famílias (ÁRIES, 2012, p. 159).

Obviamente que esta massificação e abertura das escolas a 'todos', não se deu de um modo geral. As meninas, como era de se esperar, com exceção de algumas que frequentavam pequenas escolas e conventos, não participavam da educação coletiva. Conforme ressalta Áries (2012 p. 160), a extensão da escolaridade às meninas não se difundiu antes do século XVIII.

Seguindo a linha de pensamento do autor mencionado no parágrafo anterior, aquele enfatiza que, acerca do sentimento de afeto, relativo à família, este é algo relativo, tendo em vista que em meados do século XIII difundiu-se a tradição familiar de deixar todos os bens de sua propriedade para o filho mais velho. Surge, então, a questão, o que teriam feito os demais filhos para não serem merecedores da herança do pai? Esta é uma pergunta fácil de responder: ainda que o sentimento de afeto existisse naquela época, o que prevalecia era o sentimento relativo ao apego ao patrimonial, a continuidade do nome da família, as tradições que deveriam ser repassadas ao longo das gerações sempre pelo filho mais velho.

Ainda que no século XVIII as palavras da Bíblia houvessem se difundido de forma extremamente rápida, aumentando consideravelmente os poderes da igreja, na prática, com base no princípio da autoridade, que era dominante no século

mencionado, o marido conservava todo o poder sobre sua mulher e seus filhos. Todavia, referido poder que o pai conservava em suas mãos já não englobava o poder de morte, isso porque, o pai não poderia destruir uma criação divina. (BADINTER, 1985, p. 31 e p. 40).

Badinter (1995, p. 47-48) enfatiza que as filhas, em meados do século XIII e seguintes, eram tratadas como objetos, pois os pais ofereciam dotes, para que um moço pudesse se interessar por elas e conseqüentemente casassem. Caso não houvesse pretendentes interessados, seja pelo baixo valor do dote, ou qualquer outro motivo alheio, as moças eram educadas para trabalharem como empregadas em casas de famílias, ou enviadas para conventos, de onde dificilmente saíam. Princípios de uma sociedade patrimonialista, onde o casamento era visto realmente como um negócio e amor era uma fantasia.

As crianças, por muito tempo foram vistas como um mal da sociedade, uma falha na evolução do homem. Elisabeth Badinter em sua célebre obra, "Um amor conquistado: O mito do amor materno" trabalha com muita coerência a questão relativa ao afeto que os pais, mas principalmente a mãe tinha para com seu (s) filho (s), isso entre o século XIII e século XVIII. Referida autora enfatiza que a tradição das mulheres de mandarem seus filhos recém-nascidos para amas de leite mercenárias era uma prática comum da burguesia do século XIII. Todavia, com o passar do tempo, tal prática foi se disseminando pela sociedade e passou a ser corriqueira entre todos os patamares sociais.

Deste modo, fica fácil vislumbrar a dificuldade que os genitores tinham de manter laços de afetividade, sentimentos fraternos para com seus filhos, pois se ao nascerem já lhes mandavam para as amas de leite, após, ao retornarem mandavam-nos aos sete, oito anos para a casa de outras famílias para serem educados. Como criar afeto com um ser pequeno que sequer houve uma convivência efetiva? Talvez por tal tradição, metodologia de educação que era destinada às crianças, o Estado em si nunca tenha se preocupado em regular a situação da criança. Afinal, o poder patriarcal era soberano a tudo.

O amor era um sentimento frágil ao ser comparado ao do poder do pai. Referido sentimento mal podia ser percebido nos documentos redigidos naquela época, tornando-se extremamente difícil acharmos escritos que demonstrem o contrário do que se esclarece.

Por fim, Áries (2012, p. 164), na tentativa de sintetizar a evolução do sentimento de família, a evolução da preocupação acerca do bem estar dos filhos, enfatiza dizendo “os progressos do sentimento da família seguem os progressos da vida privada, da intimidade doméstica. O sentimento de família não se desenvolve quando a casa está muito aberta para o exterior: ele exige um mínimo de segredo”.

Com isso, quis o autor dizer que os sentimentos de afeto, preocupação, amor e etc, só se desenvolveram quando os pais pararam de mandar seus bebês para as amas de leites, quando pararam de mandar suas crianças para serem educadas por outras famílias, ou até mesmo quando pararam de colocá-las em internatos de freiras ou padres.

Dito tudo isto, pode-se concluir que, de fato, o sentimento de família fundamentado no afeto é algo muito recente em nossa sociedade, podendo inclusive ser considerado uma construção social da modernidade.

### **3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Ao buscar-se o conceito atual de família não remonta-se mais à ideia exclusiva de que a família seja a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, muito pelo contrário. Atualmente, nosso ordenamento pátrio tem aceitado juridicamente a formação de vários tipos de famílias, sejam elas homoafetivas, pluriparentais e monoparentais. Essa abrangência maior que o conceito atual de família busca alcançar, não ocorreu de uma hora para outra, ao contrário, foi construída a passos lentos.

Dito isto, se faz necessário conhecer como as Constituições que vigoraram em nosso País trataram o tema relativo à família e filhos.

#### **3.1 DO DIREITO DE FAMÍLIA DA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL ATÉ OS DIAS ATUAIS**

##### **3.1.1 A Constituição Imperial de 1824**

Em 1822, o Brasil deixou de ser colônia de Portugal para se tornar um País independente, e em 25 de março de 1824, foi outorgada por Dom Pedro I a primeira e única Constituição da época do Império.

O capítulo III, da supramencionada Constituição, discorria apenas acerca da organização a família imperial. No mais, no que tange à proteção da família de um modo geral, se faz necessário dizer que referida Constituição não dedicou nenhum capítulo, artigo ou parágrafo, a sua promoção e proteção. Assim, nesse sistema constitucional imperial, o patriarquismo foi o sistema familiar dominante na época, embasado nos dogmas da igreja católica, pois o catolicismo era a religião dominante naquela época.

### 3.1.2 A Constituição Republicana de 1891

Em 24 de Fevereiro de 1891, os representantes do povo brasileiro, reunidos em um congresso constituinte, promulgaram a primeira constituição republicana dos Estados Unidos do Brasil.

Ainda que a Constituição Republicana tenha sido a primeira a ser sancionada em nossa ordem constitucional, sendo considerada avançada para aquela época, referida lei deixou a desejar em muitos aspectos, principalmente no campo de família, onde não dedicou qualquer atenção e apreço ao tema.

### 3.1.3 A Constituição de 1934 - A era Vargas na República

A era Vargas, como já sabido por todos, foi de extrema importância ao desenvolvimento de nosso País. Não cabe neste estudo discorrer acerca da crise política que enfrentava nosso País naquela época, compete apenas analisar quando e onde o Estado efetivamente colocou o tema “família’ dentro de sua Constituição.

Destaca-se, então, a Constituição de 1934, que foi inspirada na Constituição alemã da República de Weimar e foi promulgada por Getúlio Vargas, reservou um capítulo inteiro para cuidar do tema relativo à família.

A preocupação maior do constituinte originário desta época era regular o casamento, enfatizando que seria indissolúvel, reforçando assim as premissas do direito canônico. A inovação trazida pelo texto constitucional diz respeito ao casamento, que passou a ser admitido e reconhecido perante o ministro de qualquer ordem religiosa, o que anteriormente não acontecia, tendo em vista que a única religião oficialmente permitida no Brasil era a Católica.

Ainda no texto político promulgado, em seu artigo 138, alínea ‘d’, verificou-se a preocupação em enfatizar que a União, o Estado e os Municípios tinham o dever de ‘socorrer’ as famílias de prole numerosa, conforme segue: “Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: d) socorrer as famílias de prole numerosa<sup>4</sup>.”

---

<sup>4</sup> Trecho da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)> Acesso em 14 mai. 2016.

Todavia, em 1937, Getúlio Vargas derrubou a Constituição que havia sido democraticamente colocado no ápice de nosso País e decretou o Estado Novo, o início de uma ditadura no Brasil.

#### **3.1.4 A Constituição de 1937- A era Vargas na Ditadura**

A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas. Na questão relativa às alterações ao texto constitucional que fora anteriormente promulgado (Constituição de 1934), no que tange o tema família, houve poucas modificações, mantendo-se a base original de 1934.

Tema que nos traz apreço diz respeito especificadamente ao artigo 127, da Constituição de 1937, isso porque, ao contrário das demais constituições que foram omissas, apesar da Constituição de 1937 se encontrar sob a égide de um Estado autoritário, referido texto deu ênfase à 'infância e juventude', que deveria ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado. Inclusive prevendo que o abandono moral, intelectual ou físico da infância ou juventude importaria em falta grave dos pais.

A Constituição seguinte, a de 1946, não trouxe alteração significativa, sendo desnecessária a sua análise neste trabalho.

#### **3.1.5 A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969**

A Constituição de 1967 foi outorgada e no decorrer de sua vigência foi alvo de diversos Atos Institucionais. Merecendo apreço, o artigo 167 da referida Constituição que lecionava:

##### **TÍTULO IV**

Da Família, da Educação e da Cultura

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Após a emenda de 1969, o artigo que passou a tratar de família foi o 175, com a seguinte redação:

#### TÍTULO IV

##### Da Família, da Educação e da Cultura

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

§ 1º O casamento é indissolúvel.

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais.

Em 1977, a emenda constitucional nº 09 (nove), deu nova redação ao parágrafo primeiro, do artigo 175 da Constituição de 1969, passando a vigorar da seguinte forma: "O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

Como se pode observar houve poucas alterações no texto constitucional, não se alterando em si a premissa de que a separação conjugal seria permitida apenas nos casos previstos em lei.

A Lei Civil vigente aquela época era o Código Civil de 1916 e a lei infraconstitucional nº 6.515 de 1977 que regulava o processo de separação dos cônjuges.

O Código Civil de 1916 previa que o casamento não se dissolvia, ocorrendo apenas o *desquite*.

Nesta esteira, tema que nos traz muito apreço, é o regulado pela lei nº 6.515/77 a partir do artigo 9º e seguintes, conforme segue:

Art 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art 10 - Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Art 11 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Art 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Claro está que apesar de admitir-se o *desquite*, não se previa o instituto da guarda compartilhada na legislação que antecedeu a constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, talvez porque um dos objetivos das separações conjugais não fosse assegurar melhores condições de vida aos filhos, mas sim garantir que os cônjuges fizessem uma partilha igualitária de seu patrimônio. Assim sendo, no referido diploma legal, via-se nitidamente o caráter punitivo embutido em suas normas, pois estas buscavam identificar o cônjuge que deu causa à separação, com intuito de puni-lo, atribuindo a guarda dos filhos ao outro cônjuge.

Dias (2011, p. 439) enfatiza que os filhos eram entregues como prêmio ao cônjuge inocente. Na hipótese de ambos os genitores serem culpados pela separação, os filhos poderiam ficar com a mãe, desde que não afetasse a moral e os bons costumes dos menores. Todavia ressalta, que se a única culpada fosse a mãe, de maneira alguma, os filhos poderiam ficar com a genitora.

Ainda que o avanço fosse significativo, permitindo-se a separação, restava nitidamente caracterizado que as prioridades não giravam em torno do bem dos filhos, mas sim de uma disputa patrimonial cumulada com uma punição para o cônjuge que havia dado causa a separação.

### 3.1.6 O Código Civil de 1916, a Lei nº6.515 de 1977 e o Direito da família

O Código Civil de 1916 foi um código extremamente patriarcal, situação amplamente compreensível visto a época e a sociedade em que ele foi instituído. Nesse sentido, no que tange a proteção da Família, da criança e do adolescente, temos que referido código foi autoritário, não atribuindo à mulher qualquer poder que não fosse supervisionado pelo marido.

Desta forma, o Código Civil de 1916 não dedicou apreço aos temas relativos à promoção e cuidado da criança. Por óbvio, conforme já ressaltado ao longo deste estudo, algumas constituições vigentes ao longo da vigência do CC/16 trataram infimamente dos assuntos relativos aos menores e sua família, contudo apenas a CF/88 cuidou enfaticamente do tema.

A Lei nº 6.515 de 1977- Lei do Divórcio, por sua vez, visando os 'melhores interesses dos filhos', preceituava em seus artigos 9º e 10º que no caso da dissolução da sociedade conjugal, caso esta não fosse consensual, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa a separação.

Nada obstante, poderia também ser fixada a guarda alternada, e os menores ficaram determinado período na casa de um dos genitores, e determinado período na casa do outro genitor.

Na realidade, no primeiro caso, na fixação da guarda unilateral, se fazia uma análise fria da culpa, tornando o processo judicial muitas vezes um combate jurídico com uma punição ao cônjuge que fosse declarado culpado. E é necessário dizer ainda, que caso se apurasse que ambos os pais foram os culpados, o juiz poderia atribuir a guarda dos filhos a uma terceira pessoa de notória e idônea moralidade (§2º do artigo 10 da Lei 6.515/77).

Conforme se pode ver, a própria lei do divórcio previa que havendo acordo entre os cônjuges, não deveria o magistrado intervir no poder parental, tornando a guarda unilateral ou compartilhada apenas uma opção a mais, visto que não se tratava de um rol taxativo, mas sim meramente exemplificativo e que havendo consenso tudo seria possível.

Não cabe aqui discutir os demais artigos da lei de divórcio, visto que tratam das condições dos ex cônjuges. Cabe aqui, apenas enfatizar a lei do divórcio, por ser uma lei da década de 70, ainda que seja em um caráter punitivo, previu expressamente a quem competiria a guarda dos filhos e como deveria ser o trâmite

do processo, caso a lide não fosse consensual. Ainda, outro fato interessante, que não merece maiores digressões, mas deve ser trazido à tona, é que referida legislação em sua redação utiliza os termos referentes ao *desquite* e sua respectiva sentença, motivo pelo qual a mulher ficaria com a condição de 'desquitada' após a separação, fato este, que para uma sociedade de década de 70/80 era algo extremamente pejorativo.

### **3.1.7 Panorama atual - A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Direito de Família, da Criança e do Adolescente**

A Constituição de 1988, ficou conhecida como Constituição cidadã, pois em seu rol positivou diversos direitos e garantias jamais previstos em outras constituições. Nesta senda, em seu artigo primeiro, a carta magna enrijeceu que os fundamentos da República Federativa do Brasil seriam: “a soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”, enfatizando ainda que todo o poder emana do povo.

Lôbo (2011, p. 17-20), enfatiza que no Brasil, o advento da Constituição de 1988 foi o ápice para a queda da tradição patriarcal que há muito tempo perdurava em nosso cotidiano. O Estado que por longos anos foi omissivo às questões do âmbito familiar, passou-se a se interessar cada vez mais pelo tema, ampliando a gama de suas tutelas.

Dias (2011, p. 40-42), trabalha com a ideia de que, após a Constituição de 1988, houve o surgimento de uma família constitucionalizada, enfatizando que raras foram as vezes que uma nova constituição conseguiu produzir tão significativas transformações na vida e na sociedade de seus cidadãos. O pluralismo das relações familiares rompeu com a estrutura patriarcal. Atualmente, a família não é mais vista como a celebração de um casamento entre um homem e uma mulher. O elemento que une os sujeitos hoje é afetivo, e não mais patrimonial.

A realização pessoal dos membros da família, a separação dos cônjuges que deixou de ser vista com um ato antimoral, o princípio da igualdade entre os sujeitos, a emancipação da mulher no cenário político, econômico, social e a atenção destinada às crianças, foram fatores que influenciaram fortemente a alteração da composição e do conceito de família atual. Ainda que a Constituição de

1988, só tenha reservado dois artigos ao tema de família, se faz necessário dizer que referidos artigos foram extremamente pioneiros e esclarecedores.

Historicamente, os filhos sempre ficariam sobre a guarda da mãe, fazia parte da tradição (excepcionando certos casos é claro), tendo em vista que os homens, desde pequenos não eram educados para cuidar dos filhos, mas sim para trabalhar e sustentar a casa. Contudo, a mulher literalmente ‘emancipou-se’ e muitos pré-conceitos foram dissolvidos. Os pais (genitores do sexo masculino), que muitas vezes foram inertes e passíveis a questão de os filhos permanecerem sobre a guarda de sua ex esposa, passaram a reivindicar o direito de gozarem das mesmas prerrogativas que as mulheres, de acompanharem o desenvolvimento físico e emocional de seus filhos, e assim buscaram o judiciário para tentar solucionar este problema, pois a lei previa apenas a guarda unilateral, com regulamentação de visitas e não a guarda compartilhada.

Deste modo, frente ao clamor que se instaurou, em 22 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei nº 13.058 que alterou a disposição dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, regulamentando em nosso ordenamento o Instituto da Guarda Compartilhada.

Feito este breve histórico da história da família, da criança, ao longo dos séculos, e das constituições brasileiras, antes de adentrar-se especificadamente na análise do Instituto da Guarda Compartilhada, necessitamos minuciar quais são os princípios do direito de família que norteiam nosso ordenamento e após, adentrar-se-á no assunto nuclear deste estudo: o instituto da guarda compartilhada no direito brasileiro e sua aplicação.

### 3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Para compreender como se chegou à prática e efetividade da guarda compartilhada, objetivo primordial desse estudo, primeiramente realizou-se uma análise da história da família e após avaliou-se as Constituições que foram aplicadas nas épocas anteriores e, por fim, antes de adentrar especificadamente no tema relativo à guarda, precisar-se-á analisar detidamente os princípios atuais que norteiam o direito de família contemporâneo.

Ressalta-se que se fará uma breve abordagem dos princípios, visando não tornar a leitura maçante, pois os princípios que aqui serão elencados estão em voga em nossa sociedade e se mostram de fácil compreensão.

### **3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se inserido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e é considerado como o núcleo do Estado de Direito.

Pode ser considerado como, conforme cita Sarlet (2012, p. 45),

A permanência da concepção Kantiana do sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

Nesse sentido, afirma-se que o princípio da dignidade humana, não cuida de aspectos mais ou menos específicos relativos aos sujeitos, mas sim de uma qualidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, que deve ser considerada como valor supremo, não podendo referido princípio ser considerado e fixado como um valor estanque, nunca passível de mudança, tendo em vista que os valores reinantes a todo momento são modificados e ampliados na sociedade atual (SARLET, 2012, p. 50-52).

Dias (2015, p. 44), em uma visão mais amorosa, elenca que referido princípio pode ser configurado como a manifestação legal dos valores carregados de sentimentos e emoções. Seguindo essa linha de pensamento, referida autora enfatiza ainda que “o princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares” (DIAS, 2015, p. 45).

Como ficou claro, o princípio da dignidade humana é o núcleo fundante do Estado, sendo que as pessoas não podem mais serem consideradas como coisas, objetos de usos, mas sim devem ser considerados como fins, como sujeitos de direito, passíveis de emoções. Salieta-se, que se usa a expressão ‘as pessoas’, tendo em vista que há algum tempo atrás, as crianças eram consideradas como objetos, não possuindo voz e nem direitos.

### **3.2.2 Princípio da Solidariedade**

Dias (2015, p. 48) em uma majestosa passagem de sua obra, acerca do princípio da solidariedade enfatiza que:

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

Tal princípio se encontra positivado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e é um dos objetivos fundamentais da República do Brasil. Referido princípio se trata de uma premissa de ajuda mútua entre os sujeitos, seja entre os cônjuges, entre cônjuges e filhos, e até mesmo do Estado para com os seus cidadãos, filhos, pais, mães e etc.

É necessário dizer ainda, que o princípio da solidariedade pode ser encontrado também no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

No Código Civil de 2002, a premissa da solidariedade veio positivada no artigo Art. 1.511 que preceitua que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

A comunhão plena de vida, bem como a igualdade de direito e deveres por si só já caracterizam o dever de solidariedade existente entre os cônjuges. Afirmamos ainda, que o Estado também tem o dever de ser solidário com seus cidadãos.

### **3.2.3 Princípio da Liberdade e Igualdade**

Os princípios da liberdade e igualdade caminham juntos em nosso ordenamento. Considerando a atual fase de evolução, em tese, não possuímos mais os pré-conceitos grotescos que inferiorizam a mulher frente ao homem e, não podemos esquecer, que a criança, que por muito tempo foi vista apenas como um objeto da sociedade, hoje não é mais vista desta maneira, sendo considerada sujeito de direitos, merecedora de respeito perante a sociedade.

O princípio da igualdade consagra o jargão popular da ‘Igualdade de direitos’. E o princípio da liberdade quebra o autoritarismo que um dia já existiu, permitindo que os sujeitos sejam donos de suas próprias vidas, podendo constituir vínculos conjugais como bem entenderem, podendo ir e vir quando quiserem, bem como podem os cônjuges dissolverem o casamento quando quiserem.

### **3.2.4 Princípio do Pluralismo Familiar**

Começo a explanação deste princípio com uma pergunta: “O que podem ser consideradas famílias hoje no ordenamento jurídico brasileiro? ”

A resposta é simples, famílias podem ser consideradas como todo agrupamento em que existam laços de afeto. Famílias monoparentais, pluriparentais, homoafetivas, todas estas agora são reconhecidas social e juridicamente.

Dias (2011, p. 67-68) elenca que ‘antigamente’, as uniões extramatrimoniais, para além da igreja e do registro civil, não eram reconhecidas como sendo dotadas de natureza familiar, encontrando guarida apenas no direito obrigacional, pois referido ramo do direito às tratava com sociedade de fato. Nesse diapasão, excluir do âmbito do direito de família todas as ‘entidades familiares’ que se compõem a partir da afetividade, que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e matrimonial dos sujeitos seria corroborar para o enriquecimento da segregação social.

Nesse sentido, apenas para ressaltar que o princípio do pluralismo familiar vem sendo enfaticamente adotado por nossos tribunais, caso seja de interesse do leitor, citamos como exemplo a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 do estado do Rio de Janeiro<sup>5</sup>.

Referida decisão, abraça uma clássica frase do cantor Lulu Santos: “consideramos justa toda forma de amor”, seja tanto na seara social como jurídica, devendo o pluralismo familiar ser reconhecido como um valor político, social e jurídico reinante em nossa sociedade.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

### 3.2.5 Princípio da Afetividade

“O princípio da afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (LÔBO, 2011, p. 70-71).

Referido princípio foi um marco na história da família, pois há algum tempo as relações entre os sujeitos deixaram de ter caráter patrimonial e passaram a ter um caráter afetivo. Os sujeitos passaram a se ligar por afeto, laços de afinidades, amor, paixão, pelo querer bem recíproco.

O princípio da afetividade, em nosso entendimento, é um dos princípios norteadores deste estudo, tendo em vista que os pais e os filhos, ligados por laços de afeto, têm a necessidade de convivência contínua de um para com os outros.

Madaleno e Madaleno (2011, p. 95), partilhando do entendimento de Barros,( 2006, p. 885), enfatizam que:

O Afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

O afeto é condição única, é um valor supremo que deve ser exaltado em todos os níveis da sociedade, e nesta seara, asseveramos que deve sobrepor-se a qualquer outro valor fundante da sociedade moderna. Sendo assim, em relação ao princípio da afetividade e ao tema em apreço neste estudo, qual seja o instituto da guarda compartilhada, temos que em que pese o afeto (amor, carinho e paixão) tenha terminado entre os ex-cônjuges, estes ainda continuarão a serem pais, ainda continuarão tendo obrigações legais e, para além das obrigações legais previstas em lei, seus filhos necessitam de toda dedicação, amor, afeto e amparo possível, para que assim, possam desenvolver-se de forma saudável.

Destarte, com base no princípio da afetividade, ainda que este não conste expressamente no texto constitucional, é necessário dizer que conjuntamente com o princípio do melhor interesse da criança, que será estudado a seguir, ambos são as raízes do presente estudo, bem como figuram como bases norteadoras do direito de família.

### **3.2.6 Princípio do Melhor Interesse da Criança**

As crianças e adolescentes estão inseridas na doutrina da proteção integral, que prevê que aquelas devem ter prioridade de atenção.

Lôbo (2011, p. 75) destaca:

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.

Deste modo, podemos dizer que para o estudo que aqui se desenvolve, este é um dos princípios mais importantes a serem analisados, pois considerando que a criança e o adolescente devem ter prioridade de atenção, os ex-cônjuges sempre deveriam priorizá-las independente de qualquer que fosse a situação.

Sabemos, contudo, que muitas vezes, no calor do processo, as crianças são ‘divididas’ como se fizessem parte dos bens materiais do casal. Entretanto, conforme já ressaltado, há muito tempo deixou-se de ver a criança e o adolescente como objetos, motivo pelo qual, faz-se necessário realizar um aprofundamento maior com relação a este princípio, pois considerando o dever legal de observar-se o melhor

interesse da criança, temos que alguns modelos de guarda aplicados pelo nosso legislador não sejam os mais coerentes com a aplicação do presente princípio.

Inicialmente, seguindo uma orientação tradicional, nosso ordenamento jurídico previa que a guarda dos filhos deveriam sempre ficar com a mãe (guarda unilateral), ou, em contrapartida com quem não tivesse dado causa a separação, nesta última hipótese temos que o magistrado realizava uma 'análise de mérito', o que em nossa concepção atual, se mostra totalmente impensável. Ressalta-se que na guarda unilateral, todas as responsabilidades recaiam sobre um só dos genitores. Em convicção pessoal, temos que tal modalidade de guarda não engloba o princípio do melhor interesse da criança.

Após, surgiu a guarda alternada, ainda que nosso ordenamento não tenha positivado tal modalidade, ela ocorreu em muitos casos e ainda ocorre. Esta modalidade previa que a criança passaria determinados dias com o genitor e outros dias com a genitora, havendo uma alternância de responsabilidades. É ponto comum entre os doutrinadores que tal modalidade de guarda não seja a mais aconselhada, com fins de assegurar a sanidade mental e física das crianças, pois é retirado destas uma rotina diária considerada saudável, visto que estão sempre alternando seus horários e etc.(ROSA, 2015, p. 58-59).

Sendo assim, tal modalidade de guarda não contempla o princípio do melhor interesse da criança.

Desta forma, acredita-se que o legislador ordinário, buscando dar maior efetividade ao princípio do melhor interesse da criança, considerando a gradativa ampliação do direito dos infantes e necessidade dos mesmos em terem seus genitores presentes durante a fase de crescimento e amadurecimento, no ano de 2008 incluiu na redação do artigo 1.583 do Código Civil a expressão 'guarda compartilhada', com fins de proporcionar que as crianças e adolescentes gozem da presença de ambos os pais. Enfatizamos que a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico é o melhor meio de assegurar o melhor interesse da criança, pois conforme estudaremos a seguir, a os jovens em formação, crianças e adolescente, necessitam conviver com seus genitores, salvo alguns casos. Sendo assim, de maneira breve, é possível dizer que a guarda compartilhada é a melhor opção para se garantir a efetividade do princípio do melhor interesse da criança quando ocorre a separação conjugal.

Importa ressaltar, que o princípio do melhor interesse da criança não é algo estanque e objetivo e que a guarda compartilhada não é um instituto absoluto, visto que o princípio do melhor interesse deriva de diversos fatores que são capazes de influenciar no desenvolvimento físico e moral, na felicidade, equilíbrio e segurança dos pupilos, devendo sempre ser observada as melhores condições (sociais e afetivas) que podem (rã) ser destinadas aos filhos.

O instituto da guarda compartilhada, aplicada com ênfase no melhor interesse dos filhos será melhor estudado no capítulo seguinte. Adiantamos que faremos uma análise jurisprudencial para saber como nosso Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e suas respectivas câmaras (7º e 8º Câmara Civil) vem decidindo as lides relativas à separação conjugal e a respectiva guarda dos pupilos.

A análise a seguir, será feita com base na análise das respectivas ementas e no conteúdo dos respectivos acórdãos, tendo em vista que por muitas vezes o feito que envolve menores tramita em segredo de justiça, sendo difícil o acesso aos dados (sentença) de primeira instância.

### 3.3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Feita a abordagem histórica e principiológica do direito de família, agora passaremos a análise pormenorizada do instituto da guarda e sua aplicabilidade propriamente dita na legislação pátria.

Para a abordagem a seguir, é necessário que se faça uma breve análise da realidade das taxas de rupturas familiares nos dias de hoje. De acordo com o site do Governo Federal, <http://www.brasil.gov.br/site>, no ano de 2014, a taxa de divórcio no Brasil cresceu cerca de 160% em relação ao ano de 2004, tendo sido registrados um total de 340,1 mil divórcios em 2014, ante o 130,5 mil registro do ano de 2004. Referida pesquisa foi realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e se encontra disponível no site do referido instituto.<sup>6</sup>

Outro dado extremamente importante de ser trazido à tona, diz respeito à quantidade de divórcios realizados versus a atribuição da guarda dos filhos aos genitores. Nesse sentido, de acordo com os dados do IBGE, no ano de 1984, após a

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais> Acesso em: 20 mai. 2016.

separação conjugal, 78,9% dos filhos ficavam com as mães, e no ano de 2014, muito após a implementação do instituto da guarda compartilhada, em vez dessas porcentagens serem minoradas, visando uma isonomia maior, verificamos que o número de divórcios cresceu simultaneamente com o número de guardas atribuídas às mães, que por fim atingiu o percentual de 85,1%<sup>7</sup>. É necessário dizer, que de acordo com os mesmos registros, as guardas compartilhadas declaradas, no ano de 1984 atingiam o patamar de 3,4%, enquanto no de 2014 atingiram o total de apenas de 7,5%, percentuais totalmente baixos, considerando a evolução social alcançada<sup>8</sup>.

Nesse diapasão, considerando o grande número de separações, muitas conflituosas e de difíceis certames, visando o melhor interesse dos menores, o legislador ordinário primeiramente retirou do ordenamento jurídico a análise da culpa da separação, pois nem sempre o não culpado era a melhor pessoa a ser indicada para ser a (o) guardiã(o) dos filhos. Posteriormente, atribuía-se a guarda unilateral àquele genitor que possui-se melhores condições financeiras, físicas e emocionais de cuidar de seus filhos.

Em seguida, veio a alteração legislativa de 2008, onde o poder legiferante inseriu no Código Civil de 2002 a expressão 'guarda compartilhada', tornando-a uma opção a mais nos casos de ruptura da vida conjugal, frente à existência de filhos.

O instituto da guarda compartilhada em si, só foi inserido no Código Civil de 2002 pela 'emenda' realizada pela Lei nº 11.698 de 2008, que incluiu no artigo 1.583, lado a lado da guarda unilateral o termo guarda compartilhada, tornando-a uma alternativa a mais para os pais e juízes. Posteriormente, a guarda compartilhada foi efetivamente regulamentada pela Lei 13.058 de 2014, que a tornou a regra de aplicação no caso de rupturas conjugais.

Em 2014, portanto, a guarda compartilhada foi enfaticamente 'regulamentada' e tornada a regra do ordenamento jurídico, por óbvio, é necessário se dizer que referida regra comporta exceções, como no caso de violência contra criança. Entretanto, seguindo a linha de jurídica, havendo condições, e tendo ambos os pais manifestado o interesse em partilhar da guarda de seus filhos, deverá ser aplicada. Isso segundo a letra fria do Código Civil.

---

<sup>7</sup> Dados disponíveis em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2014\\_v41.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf)  
Acesso em: 20 mai. 2016.

<sup>8</sup> Dados disponíveis em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2014\\_v41.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf)  
Acesso em: 20 mai. 2016.

Não obstante a previsão legal, antes de trazermos um conceito jurídico de guarda e de guarda compartilhada, é necessário que se faça uma análise mais ampla e genérica do que seria o termo 'guarda', para introduzir melhor o tema.

Com efeito, o termo 'guarda', se destina a identificar o ato de vigiar e/ou cuidar algo ou alguma coisa. Nesse sentido, no campo do direito obrigacional, traz-se como exemplo a obrigação de zelar/cuidar/vigiar por alguma coisa, como o caso do depositário fiel, devendo este no momento que solicitado, devolver a coisa no estado que a recebeu. Ressalta-se que no campo de direito de família, o significado atribuído a guarda vai muito além de questões meramente formais, invocando sentimentos, emoções e paixões dos figurantes do processo (ROSA, 2015, p. 47).

A égide do Código Civil de 2002 colocou fim à premissa de análise da culpa que ocasionava os rompimentos conjugais, admitindo que independente de quem tenha ou não dado causa ao término do relacionamento conjugal, o necessário seria averiguar-se qual dos dois genitores possuía melhores condições de assistir e prover os interesses dos filhos. Aqui, no advento do referido códex, também imperava em absoluto o modelo de guarda unilateral, se tendo apenas deixado de se analisar a culpa.

A legislação brasileira evoluiu, e com o advento da Lei nº 11.698 de 2008, incluiu enfática e positivamente no código civil de 2002 o instituto da guarda compartilhada, tornando-a mais uma opção legal. Referida disposição buscou dar aos pais que não moravam mais juntos, igualdade de direitos e deveres em patamar de forma isonômica em relação aos filhos, visto que, em que pese a vida conjugal entre os cônjuges tenha acabado, a relação pais e filhos não.

A incorporação de tal instituto a legislação brasileira nada mais foi do que a busca pela efetivação dos princípios da igualdade entre os genitores e a vedação a discriminação entre estes, princípios estes expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, que elencam que homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e obrigações, independentemente de sua natureza.

Ademais, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 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”. Sendo assim, claro está que não apenas os pais têm o direito de conviver com seus filhos, mas sim os filhos têm o direito de conviver com seus pais, devendo aqueles serem tratados com absoluta prioridade por estes.

Madaleno e Madaleno (2016, p. 289-290) com muita probidade acerca dos direitos e deveres imputados aos pais enfatizam que:

[...] têm os pais o direito de ter consigo seus filhos, para cuidá-los e vigiá-los, e, em contrapartida, têm os filhos a obrigação de viver em casa com seus progenitores, sendo dever dos genitores dirigir a formação da sua prole, os encaminhando para a futura vida adulta e social, e uma vez sobrevivendo a separação dos pais, a guarda dos filhos pode ser conferida aos dois genitores por meio da guarda compartilhada física, como agora ordenado pelo §2º do artigo 1.583 do Código Civil, diante da redação acrescida pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014; a qualquer um dos genitores, na clássica versão da guarda unilateral, e também podendo ser confiada a terceiro se por alguma razão a custódia não puder ser confiada a nenhum dos pais. Embora a guarda decorrente da separação dos pais tenha natureza de custódia permanente, ela poderá ser alterada se for apurado ser em benefício do menor, mesmo porque é direito condicionado aos interesses da prole.

Nesse diapasão, a legislação pátria libertou-se definitivamente do modelo tradicional de guarda que, há muito tempo, vinha sendo aplicado, pois o referido modelo tradicional sempre concedia a respectiva guarda a apenas um dos genitores, propiciando assim um ambiente propenso ao abuso da autoridade parental; e infelizmente, referido abuso de autoridade parental comumente partia das mães, que utilizavam seus filhos como moeda de troca para atingirem seus ex-companheiros. Todavia, a análise do abuso parental não será assunto abordado ao longo deste trabalho.

Nesta seara, a guarda compartilhada trouxe para o direito brasileiro uma nova concepção do que fosse enfaticamente ‘compartilhar a guarda de um filho, realçando que o que se compartilhava eram as obrigações e direitos inerentes aos filhos, estes, seres em formação que necessitam de uma constância emocional em sua vida para que possam atingir a fase de maturação humana com êxito.

É de suma importância ressaltar, que com o advento do divórcio e/ou separação conjugal, o direito dos pais de terem consigo seus filhos não cessa e tampouco cessará caso os ex-cônjuges, após o trâmite de separação, venham a contrair novas núpcias com outrem. O direito de terem seus filhos sob sua guarda e

proteção apenas cessará para um dos cônjuges, ou até mesmo para ambos, se estes agirem com imprudência, negligência, abuso de poder, castigando imoderadamente os filhos, aplicando-lhe sanções incoerentes, abandonando-os afetivamente, mas jamais porque deram continuidade a sua vida afetiva com outras pessoas.

Nesse sentido, a questão relativa à guarda compartilhada, vai muito além do compartilhamento de presença física, do compartilhamento de obrigações, mas sim vai além e abrange toda uma questão psicológica relativa aos pais e pupilos, pois ambos os genitores, têm o direito de participar ativa e efetivamente da vida de seus filhos. Estes, por sua vez, têm o direito de serem assistidos e auxiliados por seus responsáveis.

Coelho (2011, p. 203) elenca:

O Poder familiar é titulado pelo pai e pela mãe, em conjunto, e a ele se submete o filho, enquanto for menor. Trata-se de poder indelegável-exceto parcialmente entre os que titulam - que a lei concede aos pais para que possam dispor de instrumentos para adequado cumprimento de sua importante tarefa de preparar o filho para a vida.

A guarda compartilhada visa ensejar a menor alteração possível na relação paterno-filial e materno-filial, propiciando ao menor uma melhor condição de desenvolvimento psicológico, uma maior estabilidade emocional, intentando que o menor sinta e seja atingido da forma menos gravosa a ruptura conjugal ocorrida, aspirando assim que mantenha a mesma referência relativa ao seu pai e sua mãe, pois estes conviverão de forma igualitária com sua prole ( AKEL, 2016, p. 41).

O artigo 1.631 do Código Civil de 2002 preceitua que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. Podendo os genitores, caso haja divergência, recorrerem ao juiz para solução da lide. Seguindo esta linha de pensamento, destacamos que o artigo 1.634 do mesmo diploma legal, é de suma importância para o desenvolvimento do raciocínio lógico deste estudo, no que tange à necessidade e utilidade da guarda compartilhada.

Deste modo, é necessário dizer que o artigo 1.634 do Código Civil, também foi alterado pela Lei 13.058 de 2014 e passou a estabelecer que independentemente

da situação conjugal, os pais exerceram em plenitude o exercício do poder familiar, competindo aos guardiões, a promoção da dignidade dos filhos.

Compartilhar a guarda significa agir em uníssono e conjunto em várias situações que, se já são de difícil condução para pais que convivem sob o mesmo teto e possuem laços afeitos que os unem, quão difícil será para pais desunidos e em discórdia, o exercício da guarda compartilhada por uma decisão judicial (LEVY, 2016, p. 127).

É necessário pontuar que não significa que antes das 'emendas' ao Código Civil serem realizadas, o modelo de guarda compartilhada não fosse aplicado em nosso sistema. Pois sim, com toda certeza era e conforme já ressaltado ao longo do texto e da análise da Lei do Divórcio, havendo consenso entre as partes tudo era possível. Nosso ordenamento jurídico carecia apenas da regulamentação e promoção do referido instituto.

A guarda compartilhada no Brasil, em nossa concepção é um dos institutos mais importante que foram criados recentemente, isso porque, a criança e o adolescente em desenvolvimento, são formadas por suas referências: seus dois genitores, seus avós, e até mesmo seus guardiões provisórios. Desta forma, os pupilos precisam desta referência para atingir a maturidade com êxito. Essa formação psíquica leva um enorme tempo para acontecer, sendo assim, seria extremamente frustrante, em que pese aconteça corriqueiramente, imaginar menores crescendo e se desenvolvendo sem um dos genitores, por motivos de desentendimento entre os pais que não conseguem chegar a um consenso sobre a melhor forma de compartilhar a guarda do filho.

Outra questão singela, gira em torno de porquê demoramos tanto tempo para positivar referido instituto? A resposta é simples, somos um país de tendência positivista, e ao que tudo indica seus cidadãos só acreditam que referidos institutos sejam importantes e efetivos se estiverem regulamentados em normas.

Para muitos doutrinadores a grande problemática da fixação legal da guarda compartilhada para pais em litígio judicial, diz respeito à imposição de ofício pelo juiz do referido instituto, pois muitos entendem que para que haja o compartilhamento da guarda é necessário que se tenha um consenso entre ambos, não podendo o referido instituto ser imposto a bel prazer do magistrado.

Partilhamos apenas em parte de tal entendimento, visto que, em que pese esteja ocorrendo um conflito entre os ex-cônjuges, estes precisam se conscientizar que para além do conflito existem menores, que precisam do apoio de ambos para que possam crescer de uma forma saudável. Assim sendo, a forma mais aconselhável de solução e superação do litígio seria que ambos os cônjuges fizessem terapia, conversassem com psicólogos, marcassem uma mediação, todas estas opções com fim último de buscar uma melhor orientação, pois o processo de guarda não pode ser visto como uma guerra judicial, mas sim como um 'procedimento' que visa regularizar a situação de fato dos menores, concedendo aos mesmos uma maior constância de presença física dos pais em suas vidas, mesmo após o rompimento conjugal.

Groeninga (2016, p. 141) com maestria sintetiza o quadro atual, vejamos:

Em tempos de complexidade e, por vezes, de fugacidade ou liquidez dos relacionamentos, em tempos de modificação no exercício dos papéis e na hierarquia das relações - e tudo isto somado a um impressionante crescimento dos divórcios-, a organização e reorganização das relações entre pais e filhos, e daqueles entre si, têm sido, direta ou indiretamente, objeto de intervenção do Estado e dos profissionais - não só do Direito, mas da saúde mental.

Deste modo, a fixação da guarda compartilhada, de modo genérico, tem o intuito de conservar o direito mútuo de permanência dos pais com os filhos, alternando períodos determinados, sem que isso implique obrigatoriamente em uma divisão equilibrada e igualitária de tempo, obrigações e responsabilidade dos pais com os filhos. O que está em alvo neste modelo de guarda não é a questão pertinente a quem deve ou não ficar mais ou menos tempo com o filho, quem deve ou não pagar alimentos: a intenção principal é fazer com que os genitores compreendam que possuem deveres para com seus filhos, e que estes, seres em construção, necessitam de sua presença física e afetiva para que possam desenvolver-se forma saudável em todos os aspectos imagináveis da vida de um ser humano.

A família, nos tempos atuais, pode ser comparada a um conjunto de engrenagem de uma máquina de costura, pois para que esta máquina funcione corretamente e que a costura saia 'reta', é necessário que todas as peças estejam em sincronia, caso a agulha esteja torta, a costura vai falhar. A família segue a

mesma lógica, para que os filhos consigam se desenvolver da forma mais benéfica possível, é necessário que ambos os guardiões estejam voltados para o mesmo objetivo, qual seja, o melhor interesse da criança e do adolescente.

Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2016, p. 290-292), trabalham com dois conceitos de guarda compartilhada física e jurídica muito interessantes. Deste modo, mergulhando na temática de referidos autores e trazendo para o leitor o seu respectivo entendimento, é necessário dizer que os doutrinadores entendem que com a promulgação da Lei 13.058 de 2014 a guarda compartilhada dividiu-se em duas subespécies; guarda compartilhada legal e guarda compartilhada física. Na guarda compartilhada física, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido da forma mais igualitária possível entre os genitores. Já a guarda compartilhada legal, se trata de uma disposição que prevê que o exercício do direito-dever familiar, ainda que após a separação, compete a ambos os genitores, não devendo nenhum deles alienar parentalmente seu filho, devendo ambos os responsáveis participarem ativamente da vida dos menores de forma efetiva. Estes modelos de guarda compartilhada podem ser instituídos através do livre arbítrio das partes, todavia jamais poderá ser imposto pelo magistrado quando um dos genitores demonstre expressamente que não tem interesse em partilhar da guarda de seu filho.

Madaleno e Madaleno (2016, p. 298-299) destacam que:

Não há lugar para a guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas desinteligências pessoais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta física em especial no litígio intransponível dos pais, como se a divisão do tempo fosse a solução para todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, muito embora a lei da guarda compartilhada viabilize a maior distribuição do tempo dos pais pra com seus filhos comuns justamente para criar condições de atendimento à função da guarda repartida. Contudo, existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os pais separados, realmente não haverá como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada física, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgado, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais e, mesmo assim se constatarem que o compartilhamento do tempo dos filhos se trata de medida que atenderá ao superior interesse da prole.

Nesta seara, o critério mais importante para a fixação da guarda compartilhada, é a capacidade de dedicação dos genitores aos filhos, visto que aqueles assumem obrigações de modo igualitário e com a mesma intensidade,

transformando o modelo da guarda compartilhada física em um modelo de organização dos afazeres parentais, ressaltando que ambos os genitores, estão dispostos a superarem seus desentendimentos para dedicarem-se exclusivamente ao cuidado mútuo de seus filhos ( MADALENO, MADALENO 2016, p. 295).

Num possível ambiente de divergências entre cônjuges, uma fixação outorgada da guarda compartilhada apenas contribuiria para a criação de uma atmosfera hostil, onde a constância dos conflitos apenas concorreria para uma a perpetuação de danos na saúde psicológica dos menores, visto que, além de não poderem desfrutar da companhia diária de ambos os cônjuges, por efeito da separação conjugal, ainda terão que lidar com uma situação familiar totalmente desfavorável, tendo muitas vezes que aprender a enfrentar, suportar e resistir a eventos relativos a instabilidade emocional de seus próprios genitores.

É necessário que os cônjuges entendam que o exercício da autoridade parental, não se altera com a respectiva ruptura conjugal, devendo referido exercício ser assumido por ambos os genitores, principalmente no que se refere a questões cruciais da vida da criança ou do adolescente, visto que a 'separação de corpos' não afeta os direitos e deveres recíprocos entre os filhos e pais. Embora a convivência paterno/ materno-filial muitas vezes reste prejudicada, não há diminuição do alcance da autoridade dos pais, visto os preceitos da própria constituição federal de 1988 (TEIXEIRA, 2015, p. 22-23).

Seguindo essa linha de pensamento, é necessário dizer que é totalmente compreensível que em muitos casos a fragilidade psíquica do casal, que acabou de se separar e tenha passado por momentos de tensão, venha a influenciar nas respectivas atitudes dos genitores. Todavia, o que os operadores do direito, e aqui falamos de juízes e advogados, não podem deixar acontecer é que determinados comportamento abomináveis, rodeados de sentimentos egoístas e de vingança, ceguem as pessoas que são os mais responsáveis por assegurar o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes envolvidas na separação conjugal.

Desta forma, em nossa concepção, não compete aos operadores do direito interferirem objetivamente nas avenças e decisões familiares; todavia visando uma humanização maior do direito e da respectiva aplicação da lei, compete aos juristas enfatizar aos litigantes em processos judiciais, onde não há inicialmente um consenso, quais os pontos favoráveis da guarda compartilhada. E nesse diapasão, deve ser ressaltado pelos juristas o quão importante é o papel de ambos os pais na

vida de seus filhos, o quão é importante que estes participem ativamente do dia a dia de seus pequenos, tomando as decisões de forma conjunta.

Nas palavras de Groeninga (2016, p. 146) "se faz necessário que os operadores jurídicos envidem esforços para que a comunicação se estabeleça e não se quebre". Pois, a relação paterno/materno filial não se esgota com a realização de visitas periódicas por parte de um dos genitores (casos de fixação de guarda unilateral), mas se esgota e se mostra satisfatória quando ambos os pais empregam todos os meios possíveis de assegurar o pleno desenvolvimento físico e psicológico de seus filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 preceitua que "é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral", motivo pelo qual, a guarda compartilhada, em nossa opinião é a melhor opção aos filhos e aos seus pais.

Teixeira ( 2015,p. 25) com enorme sensatez sintetiza o ocorrido em nossa sociedade:

Em verdade, a real importância da guarda compartilhada tem sido popularizar a discussão da coparticipação parental na vida dos filhos. Isso porque, com a clássica divisão sexual do trabalho, sempre coube à mulher os cuidados domésticos, e ao homem, o papel de provedor da família. Com a revolução feminista que impulsionou a mulher para fora dos limites privados do lar conjugal, esta também passou a participar do custeio das despesas da família, o qual a livrou das amarras da dependência marital. Por conseguinte, passou-se a valorizar a liberdade dos vínculos afetivos, que não mais eram mantidos por razões financeiras. A direção da sociedade conjugal passou a ser diárquica, da mesma forma que o homem também passou a participar de forma ativa das atribuições domésticas, inclusive no cuidado dos filhos.

Particularmente, não gostamos de trabalhar com o conceito de 'fixação' da guarda compartilhada, pois consideraremos que os genitores são capazes de chegarem a um acordo mútuo, a partir da compreensão de todos seus direitos e obrigações, optando assim pela guarda compartilhada de seus filhos:

Fundamental na família é dar a devida importância aos vínculos de afeto, que implicam na responsabilidade conjunta e na solidariedade. A isto deve atender a mudança de paradigma trazida com a guarda compartilhada". (GROENINGA, 2016, p. 152).

Por fim, como referência final ao estudo do presente tópico, é necessário que em que pese o número crescente de divórcios, com os respectivos pedidos de guarda em seus conteúdos, a tendência é a ocorrência uma maior judicialização das questões familiares, assim a guarda compartilhada deve ser a regra aplicada em nossa sociedade, não devendo ser aplicada apenas em casos excepcionais, pois a família é uma complementariedade, e está complementariedade necessita objetivamente um dos outros para continuar em equilíbrio, pois o compartilhamento de guarda visa atender não só as necessidades dos menores, mas sim dos pais, pois hoje as relações giram em torno do afeto.

Por conseguinte, passaremos a análise de jurisprudências do Tribunal do Rio grande do Sul, que sempre se mostrou pioneiro em matérias delicadas, com fins de demonstrar a efetividade e aplicação do instituto da guarda compartilhada em nossa jurisprudência regional.

## **4 ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

Visando que o presente estudo não se tornasse uma mera revisão bibliográfica, buscamos inovar, e pensamos em trazer para o leitor uma análise atual de como nosso Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo as lides referente à fixação de guarda compartilhada.

Sendo assim, buscando selecionar jurisprudências atuais, adentramos no site: <http://www.tjrs.jus.br> e verificamos que nosso Tribunal de Justiça possui duas Câmaras competentes para o julgamento dos feitos relativos à guarda (compartilhada ou unilateral), quais sejam, a sétima e oitava câmara. Deste modo, visando evitar confusões entre os posicionamentos adotados pelos magistrados que atuam nas respectivas câmaras, vamos dividir a análise jurisprudencial das mesmas por tópicos. Primeiramente analisaremos as decisões oriundas da Sétima Câmara Cível e após a da Oitava Câmara Cível, realizando dentro da análise feita um breve relatório sobre os casos analisados, para que assim, o leitor não fique perdido ao longo do texto, e após, teceremos comentários específicos a cada jurisprudência analisada.

Por fim, após realizarmos a análise de todas as jurisprudências selecionadas, faremos um apanhado geral, conjugando todos as doutrinas que trouxemos para o estudo até agora, com o conteúdo das jurisprudências e a respectiva efetividade do instituto da guarda compartilhada.

### **4.1 ANÁLISE DAS JURISPRUDÊNCIAS DA SÉTIMA E OITAVA CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

Primeiramente colocaremos a ementa a ser analisada e após, teceremos os respectivos comentários pertinentes.

Ementa da sétima câmara cível:

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. AMPLIAÇÃO DAS VISITAS. PERNOITE. VIAGENS. VISITAÇÃO

PELOS AVÓS. PERÍODO DE CONVIVÊNCIA MARITAL. PARTILHA DAS DESPESAS COM O VEÍCULO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha 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 ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Se é acirrada a beligerância existente entre as partes e considerando que o genitor atualmente reside em outro Estado, inviável o estabelecimento da guarda compartilhada, mormente por se tratar de inovação recursal. 5. Tendo em vista a idade da criança e a necessidade de aproximação com o pai, é conveniente instituir a visitação com pernoite nos finais de semana alternados, até mesmo para evitar os atritos entre os genitores nas buscas e entregas da menor. 6. O autor é parte ilegítima para pleitear a fixação de visitas para o avós paternos, podendo promover a aproximação deles com a menor quando ela estiver na sua companhia. 7. Não restou comprovada nos autos a prática de atos de alienação parental pela ré, ficando evidenciado apenas um acirrado conflito entre os litigantes, que ainda não conseguiram superar as questões relativas ao relacionamento e à separação. 8. Carece o autor de interesse recursal com relação ao período da união estável, pois foi reconhecido na sentença exatamente aquele por ele apontado na inicial. 9. Mostra-se descabido o pedido de ressarcimento de despesas com a manutenção do veículo que está na posse da ré, quando o bem foi partilhado igualmente entre as partes e o autor utilizou-o por ocasião de algumas visitas, além de configurar inovação em sede recursal. Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70067529057, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/05/2016).

Analisando a ementa acima, verificamos que este caso é peculiar, pois se trata de uma ação de dissolução de união estável, com pedido incidental de guarda compartilhada, frente a possível alienação parental que poderia estar cometendo a genitora da menor.

O caso em apreço é típico, não há consenso entre os genitores e além de tudo, há um agravante, o genitor mora no Estado do Paraná, e a genitora no Estado do Rio Grande do Sul, motivo pelo qual, de início já adiantamos que entendeu o julgador *a quo* que seria impossível a instituição da guarda compartilhada para pais que moram em Estados diferentes da federação.

Não fosse isso, na fundamentação exarada, verifica-se que não existe mínimo consenso entre os genitores, visto que ambos disparam acusações um

contra o outro, transformando o processo literalmente em um combate jurídico, onde o prêmio é/seria a guarda da filha menor.

Colacionamos a seguir, parte da fundamentação do acórdão em apreço, para após, tecermos as devidas críticas e comentários. Vejamos:

Destaco que, no caso, até a apresentação dos memoriais, o recorrente manifestou interesse apenas com relação à ampliação da visitação, nada mencionando com relação à guarda compartilhada e sequer postulando a inversão da guarda, já que alega a prática de atos de alienação parental pela recorrida, motivo pelo qual se mostra descabida a inovação recursal.

Além disso, é preciso mencionar que para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a filha, 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, além de JOSE M. estar atualmente morando no Estado do Paraná, o que efetivamente inviabiliza a instituição da guarda compartilhada. o que torna inviável a guarda compartilhada, não podendo ser também desconsiderado que atualmente o genitor reside no Paraná estabelecida, pelo menos enquanto não vierem mais elementos de convicção aos autos do processo.

O ideal seria que a filha 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 a filha tem o direito de ter um lar certo e também uma rotina de vida definida, sendo inadmissível que ela seja tratada como um objeto, ora de uso paterno, ora materno. A filha é titular de direitos, que devem ser protegidos sempre. E, por essa razão, a guarda deve ser definida sempre no interesse da filha. Isto é, não é o interesse ou a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda. E no ambiente de disputas, a filha não pode ser transformada em troféu.

No caso, diante da beligerância existente entre os litigantes, que não conseguiram superar as questões atinentes à relação e separação, tenho ser mais adequado e prudente a manutenção da visitação estabelecida na sentença, apenas com a instituição de pernoite nos finais de semana alternados, ou seja, as visitas ocorrerão das 17h de sexta-feira às 21h de domingo, considerando que VALENTINA já conta com 5 anos de idade e deve conviver mais com o pai, e até como forma de evitar o contato e desgaste entre os genitores da menor a cada busca e entrega.

De outra sorte, considerando a idade da infante e tendo em vista que ainda não está habituada a ficar por muito tempo com o genitor, entendo que, por ora, não é possível a realização de viagens, podendo tal situação ser revista, quando os vínculos entre eles se estreitarem, pois VALENTINA deve se sentir segura e confortável.

Relativamente à visitação por parte dos avós paternos, além de não ter o recorrente legitimidade para postular em nome próprio direito alheio, é preciso referir que tal pedido não foi deduzido na inicial, extrapolando os limites da lide.

Quanto à alegação de alienação parental, tenho que não restou comprovada, pois foram realizados estudo social e avaliações psicológicas na criança e nos litigantes, e nada sugere a ocorrência de alienação parental, mas apenas a existência de acirrado conflito entre os genitores de Valentina.

O acórdão analisado conta com 28 (vinte e oito) páginas de fundamentação e decisão, além de trazer trechos dos laudos psicológicos realizados nas partes e da oitiva de testemunhas.

De início, é necessário ressaltar que se tratava o presente feito de uma ação de dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens e regulamentação de visitas. No meio do processo, já na fase de apresentação de memoriais, o genitor ofereceu pedido incidental de análise da alienação parental, com pedido de fixação de guarda compartilhada. Foi produzida uma vasta carga probatória no processo; realizando-se laudos e análises psicológicas em ambos os genitores. A MM. Juíza *a quo* entendeu que não houve alienação parental e sim uma falta de diálogo entre as partes, que estavam mais focadas no término da relação conjugal antes existente, do que no melhor interesse da criança que era fruto do relacionamento de ambos.

Com maestria, é necessário ressaltarmos aqui parte da decisão da instância de primeiro grau que grifou que *é importante que os genitores reflitam sobre o mal que causam à infante, de tenra idade, e sobre os reflexos futuros de suas condutas sobre o desenvolvimento da menina. Devido ao rompimento traumático havido entre autor e ré, ambos devem ter ciência de que este fato deve ser deixado em segundo plano quando se trata de Valentina.*

A ação declaratória de alienação parental foi julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau, sendo conseqüentemente indeferido o pedido da guarda compartilhada. O juízo de segunda instância, que proferiu o acórdão ora analisado, deu parcial provimento ao apelo impetrado, estabelecendo visitas em finais de semana alternados, com pernoite, ou seja, das 17 horas da sexta feira, até as 21 horas do domingo, ao genitor da menor.

No caso em tela, o magistrado de segunda instância entendeu ser inviável a fixação de guarda compartilhada ao presente caso, tendo em vista que a genitora da menor reside no Estado do Rio Grande do Sul, e o genitor reside no Estado do Paraná. Deste modo, em convicção própria, questionamos o que se passaria na mente do genitor que requereu a guarda compartilhada da menor, tendo plena

consciência que residia em estado diferente da federação. Por óbvio, que o pai não considerou as reais implicações do compartilhamento de guarda a pais que moram tão distantes. Pois como poderia ser saudável a uma criança que ficasse transitando, de semana em semana, de mês em mês, de um Estado para o outro?

De fato, temos que se mostra um tanto quanto inviável a aplicação instituto da guarda compartilhada, pois caso fosse deferido, atentaria contra a saúde física e psicológica da menor, não resguardando seu melhor interesse. Ademais, o gasto com tal trâmite, seria imenso, dinheiro este, que poderia ser utilizado para que a criança fizesse cursos, fosse à natação, frequentasse uma escola de dança e etc.

Outrossim, em que pese restar evidenciado da leitura do acórdão o apego emocional entre pai e filha e o interesse do genitor em dar continuidade a esses laços de afeto, cabe ao mesmo, deixando todo o conflito de lado, todas possíveis mágoas e frustrações com o relacionamento anterior que não deu certo, adaptar-se à rotina da infante, pois a prioridade aqui é assegurar que a criança possa desfrutar da companhia de ambos os genitores, pois conforme já foi ressaltado ao longo deste estudo, competiria aos pais, caso não houvesse um litígio tão acirrado, chegarem a um acordo mútuo sobre a forma de guarda da filha comum.

Conforme foi ressaltado ao longo deste estudo, apesar da relação conjugal ter chegado ao fim, os vínculos entre pais e filhos não terminam, o poder familiar não cessa, muito pelo contrário, ambos continuam a existir, e desta forma compete aos pais prestar todo auxílio necessário aos seus pupilos, e esse apoio, envolve apoio moral, psicológico e material, com fins de assegurar aos mesmos condições propícias ao seu desenvolvimento saudável.

Ademais, é necessário ressaltar, que a criança jamais pode ser vista como um objeto passível de disputa em uma relação, um brinquedo passível de manipulação dos pais, pois aquela deve ser vista como um ser humano em desenvolvimento, incapaz de decidir o que é melhor para si sozinha, mas totalmente capaz de absorver todas as situações que lhe rodeiam, inclusive a guerra travada entre seus genitores na disputa de guarda.

Pelo exposto, com todas as particularidades que foram expostas, temos que o magistrado de segunda instância, quando proveu apenas em parte o apelo interposto, levou em consideração o princípio do melhor interesse da criança, pois a rotina que se estabeleceria, caso deferida a guarda compartilhada, seria

provavelmente inviável a um desenvolvimento saudável e satisfatório da criança, lhe trazendo muito mais prejuízos do que benefícios.

Ementa da Oitava Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. MANUTENÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. 1. Tratando-se de ação de alteração de guarda, na qual se busca o melhor atendimento dos interesses da filha menor, não caracteriza julgamento extra petita o estabelecimento da guarda compartilhada, ainda que o pedido inicial dissesse respeito à reversão da guarda unilateral em favor do genitor. Preliminar rejeitada. 2. Considerando que os estudos técnicos realizados na instrução constataram que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, corretamente estabelecido na origem o seu compartilhamento, arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses da infante. 3. A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ. 4. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069255867, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 02/06/2016)

Trata-se de apelação interposta pela genitora que restou inconformada com a decisão de primeiro grau que deferiu o compartilhamento de guarda. Alegou que o magistrado de primeira instância proferiu sentença *extra petita*, tendo em vista que na inicial e nos memoriais há pedido de reversão de guarda em favor do genitor e o respectivo conhecimento da alienação parental, mas não há pedido de compartilhamento de guarda.

O apelo foi desprovido, tendo em vista que em grau recursal, entenderam os eminentes julgadores, que não houve sentença *extra petita*, considerando que ambos os genitores se encontravam aptos a exercerem a guarda compartilhada. Colaciono a seguir:

Inicialmente, porque esse arranjo familiar, além de obedecer ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC<sup>9</sup> (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14), já que ambos os genitores, consoante estudos técnicos (fls. 350/356 e 434/456), estão aptos ao exercício do poder familiar (requisito exigido para tanto), apresenta-se o mais adequado à tentativa de superação do litígio entre os genitores, tendo em vista especialmente a primazia dos interesses da filha comum.

Por oportuno, observo que a própria apelante reconheceu na perícia psicológica realizada junto ao DMJ que o genitor “*sempre foi um bom pai, é adequado nos cuidados à V., e que o problema seria exclusivamente entre o ex-casa*” (fl. 434; abreviei nome), circunstância que, certamente, contribuiu para o estabelecimento de um generoso regime de convivência paterno-filial na audiência realizada em anterior demanda (dois pernoites semanais, além de finais de semana alternados, fls. 25/27).

Entendo que estabelecer o compartilhamento significa dizer para os pais, com maior vigor, que ambos deverão assumir, em igualdade de condições, as responsabilidades no direcionamento da criação e da educação do filho, detendo os mesmos direitos e deveres em relação a ele, de modo a ultrapassar a concepção de que um dos genitores “*é mais pai/mãe que o outro*”.

[...]

Assim, o compartilhamento traduz medida com potencial de minimizar ou até mesmo impedir eventual alienação parental – *que aqui se constatou como incorrente, é importante grifar* –, e especialmente quando estabelecido logo no arder dos fatos, para que nenhuma das partes se sinta “empoderada”.

Sendo assim, e considerando, no caso, o descontentamento expressamente manifestado pelo genitor com relação à alteração da rotina da filha sem prévia comunicação (por exemplo, abandono das atividades esportivas e mudança de escola, fl. 435) e à vontade de participar das decisões respeitantes à vida da filha, entendo que o arranjo estipulado na origem deve ser mantido.

Em particular, achamos está jurisprudência extremamente rica, pois com extrema clareza, conseguiu o magistrado transmitir novamente o verdadeiro intuito da guarda compartilhada em que pese a necessidade que o ser humano tem de juridificar quase todas as questões inerentes a sua vida, o magistrado de primeira instância e o relator de segunda instância conseguiram vislumbrar que para além do conflito judicial e da obrigatoriedade das leis, existia um criança, que era o centro da questão e merecia o maior apreço, e que o pedido inicial, possivelmente não refletia as necessidades do menor.

É sabido em nossa sociedade, que o desenvolvimento emocional e intelectual saudável de uma criança depende inteiramente dos laços que cria nos

---

<sup>9</sup> §2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

primeiros anos de vida. Desta forma, nos tempos atuais, não podemos aplicar objetivamente a letra fria da lei, competindo ao magistrado, no presente caso, equalizar as relações familiares, tendo em vista a inequívoca necessidade dos filhos de permanecerem na companhia de seus genitores, desfrutando de todos os atributos inerentes da parentalidade.

Neste diapasão, considerando a doutrina da proteção integral da criança que fora incorporada por nosso ordenamento jurídico, entendemos que jamais o interesse de uma criança será idêntico ao de outra, motivo pelo qual, referida proteção deve retratar a expressão máxima da parentalidade; do cuidado, do amor, do zelo, da vontade de participar ativamente da vida da criança que se encontra em desenvolvimento.

Desta forma, não se pode dizer que uma sentença foi *extra petita* por ter atribuído a guarda compartilhada para ambos os genitores, muito pelo contrário, pois acreditamos que o juízo, com toda a sensibilidade possível, munido de suas convicções pessoais, com base em todos os fatos e argumentos elencados ao longo do processo judicial, buscou satisfazer as necessidades primordiais da criança.

#### 4.2 EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Primeiramente, antes de adentrarmos na efetividade da aplicação da guarda compartilhada, é necessário que façamos uma breve introdução acerca do conceito de efetividade no direito.

De acordo com o dicionário online denominado de “Significados<sup>10</sup>”, a efetividade pode ser vista como um dos princípios basilares do direito processual, pois consiste na garantia de descobrir qual dos litigantes está coberto pelo manto da realidade, com fins de que o objeto, a coisa pretendida, ou o direito almejado, seja entregue/concedido a quem realmente seja merecedor. .

Nader ( 2013 p. 93-94 ) aduz que efetividade é um atributo da norma jurídica e diz respeito diretamente à observância de referida norma tanto pelas partes, como pelos aplicadores do direito.

Seguindo essa linha de pensamento, o referido autor mencionado acima enfatiza:

---

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.significados.com.br/efetividade/>. Acesso em: 25 jul. 2016.

É intuitivo que as normas são feitas para serem cumpridas, pois desempenham o papel de meio para a consecução de fins que a sociedade colima. As normas devem alcançar a máxima efetividade; todavia, em razão de fatores diversos, isto não ocorre, daí podemos falar em níveis de efetividade. Há normas que não chegam a alcançar qualquer grau, enquanto outras perdem o atributo, isto é, durante algum tempo foram observadas e, posteriormente, esquecidas. Ambas situações configuram a chamada desuetude. A indagação relevante que emerge se refere ao problema da validade das normas em desuso.... Para o austríaco Hans Kelsen a validade da norma pressupõe a sua efetividade.

Sendo assim, podemos dizer que a efetividade das normas está ligada diretamente com a sua capacidade de produzir efeitos concretos no âmbito social e jurídico. Neste diapasão, a efetividade da guarda compartilhada está atrelada diretamente a sua capacidade de produzir os efeitos esperados no âmbito jurídico e social, atingindo os objetivos pelo qual foi criada.

A guarda compartilhada foi criada pelo legislador brasileiro com o intuito de regular uma situação de fato que já existia, bem como para manter um equilíbrio entre o direito dos pais e dos filhos, tendenciado a diminuir os possíveis efeitos colaterais de uma situação nova para os filhos.

A redação do Código Civil de 2002 em si, no que tange à guarda compartilhada não carece de maiores análises, tendo em vista que referido instituto é claro ao denominar que “não havendo consenso e estando os pais aptos para exercerem a guarda compartilhada, esta deverá ser fixada pelo magistrado”.

Todavia, a questão que nos traz apreço neste tópico, diz respeito à efetividade e aplicabilidade da guarda compartilhada no direito brasileiro. Assim, de entrada ressaltamos que referido instituto vem sim sendo aplicado por nossos magistrados, todavia os aplicadores do direito têm esbarrados em algumas dificuldades de ordem pessoal, relativo às partes e as suas próprias convicções, bem como pela falta de estrutura do judiciário brasileiro para receber as lides relativas a família e também por dificuldade de cunho social, visto que muitas vezes as partes não interpretam corretamente o instituto da guarda compartilhada.

Nesse aspecto, de uma maneira crua e imediata, podemos novamente dizer que a lei da guarda compartilhada foi introduzida formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com fins de regular uma situação fática que já ocorria em nossa sociedade e, para proporcionar aos pais a aplicação do princípio da igualdade e

isonomia das partes, sem que ocorresse qualquer distinção relativa ao gênero dos responsáveis pelo pupilo.

Ademais, como incessantemente ressaltado ao longo deste estudo, o término da relação conjugal não acarreta o término do poder parental dos pais para com seus filhos. Sendo assim, os pais, teoricamente, estão em patamar de igualdade no que tange os direitos de permanecerem da forma mais equilibrada possível ao lado de seus filhos, todavia, muitas vezes não conseguem chegar a um acordo e necessitam buscar o judiciário para solucionar a controvérsia surgida.

No contexto social, a título de conhecimento, a referida igualmente e isonomia, supramencionadas acima, se deram em razão da libertação da mulher da figura de dona de casa, cuidadora do lar, pois aquela foi para as fabricas, laborar de igual para igual com os homens. E o homem por sua vez, que era visto como pater detentor do poder absoluto onde a ele apenas competia o dever de trabalhar e sustentar sua família, passou a ocupar um papel mais humano na família. Ainda, quase que totalmente, soterrou-se a antiga visão de que apenas a mãe era capacitada para criar e cuidar dos filhos do (ex) casal, e os pais (sexo masculino, especificadamente) por sua vez, deixaram seu lugar no alto do pedestal, e atualmente se encontram caminhando lado a lado das mulheres no que tange os direitos e deveres que lhe são inerentes.

Essa mudança de paradigma no cotidiano social, por óbvio, acarretou a mudança de paradigmas na seara jurídica, e os conflitos de guarda passaram a ser muito mais comuns, afinal, encerrou-se a noção de que os filhos deveriam objetivamente ficar ao lado da mãe.

Sendo assim, ao Poder Judiciário por sua vez, mais especificadamente ao magistrado e sua equipe, compete a difícil tarefa de encontrar uma solução satisfativa que assegure a isonomia de tratamento e igualdade entre as partes litigantes, e vise proteger os direitos da criança e /ou do adolescente, que possivelmente se encontre em situação de vulnerabilidade, garantindo aos mesmos que lhes seja proferida a decisão mais favorável possível em relação a guarda, mirando a menor alteração possível na rotina do menor.

Porém, conforme ressaltado da análise de jurisprudências realizadas, muitas vezes o instituto da guarda compartilhada é utilizado pelos pais como um meio de eximir-se de suas obrigações legais, tais como o dever de pagar alimento ao outro genitor que possua sua residência como a residência fixa do menor, enquanto o

verdadeiro sentido de compartilhar-se um guarda de um filho menor é evitar que o mesmo se sinta abandonado, deixado de lado pelo genitor (a) que deixa a residência onde moravam habitualmente após o rompimento conjugal.

Nesse sentido, a guarda compartilhada seria o meio perfeito para tentar amenizar, ainda que juridicamente, uma questão criada no seio de uma família que recentemente teve sua base rompida. Todavia, e agora adentramos na questão da efetividade, entendemos que a guarda compartilhada se trata de um instituto extremamente sensível, que deve ser aplicado após uma extensa dilação probatória e da realização de um estudo social, entretanto, ao mesmo tempo, não significa que não possa ser deferida como medida liminar, considerando-se sempre as circunstâncias do caso concreto.

A guarda compartilhada em si, em que pese sua efetiva regulamentação, ainda carece de estrutura no poder judiciário, mais especificadamente nos fóruns em si, para que seja aplicada da melhor forma possível, isso porque, considerando que no referido instituto tratamos do interesse de menores e cuidamos muitas vezes de situações relativas a conflitos internos, de pais magoados, receosos, movidos muitas vezes por um sentimento de ódio, vingança, ou desamor, os profissionais que lidam com os respectivos casos devem ser especialmente treinados e contar com uma equipe multidisciplinar que os auxilie na difícil missão de definir o contexto de proteção dos infantes.

Com isso, não queremos dizer, de forma alguma que os psicólogos e demais profissionais existentes no Poder Judiciário não sejam capacitados para desenvolver e envolver-se em tal questão. Não é isso. Queremos enfatizar que necessitamos dar mais atenção ao tema em apreço, pois tratamos de uma ramificação específica do direito de família, qual seja, a guarda compartilhada. Assim, não estamos apenas tratando de um divórcio, ou de uma divisão de bens materiais, mas sim estamos buscando aplicar uma divisão igualitária harmoniosa do tempo e dos cuidados com os filhos por seus genitores.

Nesse aspecto, podemos então nos questionar: “precisamos do instituto da guarda compartilhada? Referido instituto atualmente é efetivo em nossa sociedade?”

As respostas em si não carecem de maiores delongas, e podem ser dadas de forma objetiva e clara. Primeiramente necessitamos dizer que precisamos sim do instituto da guarda compartilhada no direito brasileiro, posto que este é um dos únicos meios hábeis de assegurar que os menores desfrutem da companhia integral

de seus genitores; de assegurar uma reaproximação reconciliação de laços que foram rompidos; de garantir aos pais que participem ativamente da vida dos menores. Pois não podemos esquecer que o conflito existente entre os pais, jamais poderá ser empecilho para o exercício pleno do poder parental.

Após, respondendo à segunda pergunta, podemos dizer sim que o instituto da guarda compartilhada é efetivo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que os magistrados têm sim aplicado referido instituto, visando sempre assegurar uma proteção maior à criança, buscando não expor o infante a riscos desnecessários a e ao mesmo tempo garantindo a presença física e o apoio moral de seus genitores, sempre que possível.

A sociedade brasileira, ou melhor, todos os sujeitos em si, participantes do processo ou criadores de opiniões sociais morais, necessitam entender que o instituto da guarda compartilhada foi enfaticamente regulamentado com o intuito de: primeiramente regularizar uma situação de fato que já ocorria há muito tempo em nossa sociedade; e depois, assegurar a plenitude de direitos da criança e do adolescente, assegurando aos infantes uma condição de vida física e psicológica propícia a um desenvolvimento sadio de sua personalidade, pois sabemos que um filho necessita da figura de ambos os pais em sua vida.

Deste modo, aquele foi um instituto criado para os menores em si, e não para os pais, razão pela qual todos devemos entender que o princípio da proteção integral pertence aos filhos, e estes devem ser a prioridade dos pais, do judiciário e da sociedade.

Feita esta explanação, necessitamos ter decisões cada vez mais seguras, mais justas no que tange à guarda compartilhada. Não podemos de forma alguma reprisar em casos atuais decisões proferidas em casos antigos, pois cada caso possui peculiaridades específicas e deve ser analisado em suas minúcias. Deste modo, acreditamos que a criação de uma Vara de Família, especializada em casos relativos à guarda, seria uma maneira extremamente satisfatória e eficiente de assegurarmos uma maior atenção às lides, proferindo decisões mais eficazes e humanas.

Entendemos perfeitamente que atualmente o judiciário se encontra assoberbado de serviços, visto o grande número de demandas que ingressam a cada dia no órgão judicante, e o excessivo tempo que demoram para serem sentenciadas, todavia vemos nestes pontos mais justificativas para dedicarmos

muito mais atenção aos temas relativos à família, pois conforme já ressaltado, não cuidamos apenas de relações patrimoniais, de rescisões de contratos, de ações declaratórias ou indenizatórias, mas sim, de decisões que vão influenciar diretamente na base de nossa sociedade, pois ainda que pareça clichê, as crianças de hoje, serão o futuro de amanhã.

Dessa maneira, não podemos condenar o judiciário por suas decisões, pois acreditamos que os juízes fazem sempre o seu melhor, buscando a melhor decisão à lide proposta, destarte, precisamos atentar que precisamos dar espaço aos julgadores, para que possam analisar mais tranquilamente os casos propostos, com fins de que o instituto da guarda compartilhada seja aplicado da melhor forma considerável, atingindo a maior efetividade possível.

Efetividade deve ser vista como sinônimo de satisfatoriedade, e satisfatoriedade na guarda compartilhada deve ser vista como a possibilidade de garantir a efetivação da maior gama de direitos possíveis em relação ao pai, à mãe e aos filhos.

## 5 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, inicialmente trouxemos uma análise histórica de como a mulher e os filhos eram vistos pela sociedade, viemos discorrendo desde a família primitiva, que era baseada em instintos puramente denominados de animais, até chegarmos aos presentes dias, em nossa atual família baseada em laços de amor, de afeto, carinho e solidariedade.

A sociedade foi evoluindo, e os sujeitos (mulheres principalmente) foram buscando seu espaço no meio social. As mulheres inseriram-se definitivamente no mercado de trabalho, pleitearam a duras penas a mesma igualdade que era conferida aos homens; as crianças foram abraçadas pela doutrina da proteção integral e todos em nossa sociedade passaram a ter o dever de protegê-las.

A família por sua vez, deixou de ser baseada no pátrio poder e começou a embasar-se no constitucional Poder Familiar. Poder este que vai totalmente na contramão do que era o denominado pátrio poder, visto que atribui a ambos os genitores o mesmo poder-dever de decisão e participação na vida de sua prole. O poder familiar se tornou algo inerente às relações familiares, e é exercido em comunhão quando os genitores se encontram casados e em solidariedade e 'harmonia' quando se encontram separados.

Atualmente, após muitas discussões e debates no âmbito jurídico e social, a doutrina, psicólogos e estudiosos apontam a fixação da guarda compartilhada como a melhor opção que vise atender aos interesses da criança e do adolescente, após uma ruptura conjugal.

Desta maneira, em 2008 foi incluído o termo guarda compartilhada no Código Civil de 2002 ao lado da guarda unilateral. E em 2014, com a Lei 13. 058, o referido instituto foi efetivamente 'regulamentado' em nosso ordenamento. Nesse ponto, conforme incessantemente ressaltado ao longo deste estudo, o instituto da guarda compartilhada veio a ser regulamentado no direito brasileiro com fins de 'legalizar' uma situação já existente e com intuito maior de proporcionar aos pais e aos filhos que ambos desfrutem da companhia uns dos outros.

Os pais, muitas vezes não conseguem chegar a um acordo acerca da guarda de seus filhos e precisam recorrer ao judiciário para solucionar a controvérsia. O Juiz por sua vez, busca aplicar a letra da lei, buscando sempre a

melhor solução ao caso em análise. Nesta esteira, o próprio Código Civil de 2002 enfatiza que “não havendo consenso, e estando ambos os genitores aptos a exercer o múnus, a guarda compartilhada deverá ser aplicada”.

É necessário que os pais entendam que após a separação conjugal ambos continuam sendo de extrema importância na vida de seus filhos, devendo além de prestar alimentos, auxiliar e participar no pleno desenvolvimento da vida de seus filhos, pois o necessário mesmo é, e sempre será, a presença de ambos os pais na vida da criança e/ou adolescente, pois aqueles, sempre serão a primeira referência da vida de uma criança.

Neste diapasão, o dever de guarda dos pais engloba muitos outros deveres além de prestar alimentos, tais como o dever de promover a educação, saúde, proteção, dar afeto, participar ativamente da vida dos filhos, estar presente física e moralmente na vida da sua prole. Neste sentido, o dever de guarda é um dever nato e inerente do poder familiar e melhor dizendo, podemos afirmar que a guarda e poder familiar andam lado a lado, completando-se, buscando sempre assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Sendo assim, a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o objetivo maior a ser alcançado e assegurado em uma separação, ou melhor dizendo, ao tema em apreço, em uma lide judicial.

Assim, seguindo esta linha de pensamento, o magistrado, quando acionado pelas partes em um processo judicial, ao decidir, aplicando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, deve buscar equalizar as relações sensíveis que, muitas vezes foram rompidas pela falta de tato dos próprios participantes. O papel do juiz deve sempre ser buscar trazer para a criança e/ou adolescente, uma decisão justa que vise assegurar a constância em seu desenvolvimento, felicidade, educação, convivência equânime e harmoniosa com seus genitores. Se não bastasse todas as peculiaridades que deve o juiz buscar abarcar em sua decisão, deve o magistrado ainda tentar trazer para os genitores uma satisfação pessoal com a decisão que está sendo proferida.

Por óbvio, sabemos que buscar a satisfação pessoal dos genitores não é algo fácil, todavia aqui entra a questão do poder de persuasão do juiz em fazer ambos os responsáveis, pai e mãe, entenderem que o que se busca na realidade é assegurar as melhores condições possíveis para os infantes, e que a partir da decisão mais vantajosa para a criança, ambos os pais saem ganhando no processo

judicial. Defendemos a ideia de que o magistrado deve deixar sua toga preta de lado, e encarnar uma figura humanística, pois quando falamos em poder de persuasão, não falamos que o magistrado deve convencer as partes de que a decisão é simplesmente aquilo e ponto, mas sim, de que compete ao magistrado (como um mediador), fazer com as partes entendam por si que a melhor decisão sempre será o compartilhamento de guarda de forma harmoniosa e sem conflitos.

Não obstante, neste sentido, divergimos de muitos autores e não concordamos com a premissa de que a guarda compartilhada deva ser aplicada apenas quando há consenso entre os genitores, muito pelo contrário, deve ser aplicada sempre que se mostrar viável ao acolhimento dos melhores interesses relativos à criança, pois estas, as crianças, são o cerne da questão, da proteção estatal, jamais desmerecendo, por óbvio o direito dos pais.

Aqui especificadamente, entre uma das questões mais delicadas estudadas e aprofundadas até agora. Primeiramente, quando pais em litígio procuram o judiciário, salvo os casos de acordo ou desistência, o magistrado está “obrigado” a decidir. Nesta esteira, aduzimos que não podemos ver tudo pelo lado negativo, e concordamos com Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 53) em seu brilhante livro sobre a Lei da Guarda Compartilhada, quando aduz que ‘muitas vezes o processo é um mal necessário’, tendo em vista que muitos sujeitos só vão mudar sua vida e seu modo de pensar a partir de uma decisão judicial, hierárquica.

A guarda compartilhada deve ser fomentada por todos os órgãos e pessoas integrantes de nossa sociedade. Contudo, em nossa visão particular, temos que o judiciário acaba esbarrando em alguns problemas de ordem profissional, quais sejam, o excessivo número de demandas que ingressam a cada dia e o longo período que referidos processos acabam esperando por perícias, pareceres e profissionais capacitados, com fins de produção de um lastro probatório suficiente ao proferimento de uma decisão justa e coerente.

Desta forma, conforme ressaltado ao longo deste estudo, para que uma lei seja possua efetividade, é necessário que ela produza os efeitos esperados no ordenamento jurídico e, no caso da guarda compartilhada, para que ela produza todos os efeitos esperados social e juridicamente, é necessário que sua aplicação em processos litigiosos, onde não há consenso algum, seja realizada após uma atenta e apurada aferição do caso em apreço, atentando-se que cada caso é

diferente do outro, e que em que pese a discricionariedade do magistrado, não pode haver a aplicação de fórmulas prontas, de casos anteriormente já decididos.

Não queremos dizer com isso que a lei da guarda compartilhada não possua efetividade, pois conforme verificamos da análise das jurisprudências, a lei possui sim plena aplicabilidade e efetividade em nosso ordenamento, porquanto vem sendo cada vez mais aplicada por nossos magistrados, todavia, o que ressaltamos é a necessidade de dar-se mais atenção aos casos relativos à fixação de guarda.

Além do mais, restou devidamente evidenciado no decorrer deste trabalho, a necessidade do compartilhamento de guarda para os filhos que se encontram no processo de formação psíquica.

Acreditamos que a criação de uma vara de família nos fóruns, especializada apenas em assuntos relativos à guarda compartilhada, composta de além dos juízes, técnicos judiciários e psicólogos, de mediadores judiciais, especializados em direito de família, seria uma solução extremamente satisfativa para aplicação muito mais efetiva da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que muitas vezes o que falta em nossa sociedade é tempo para ouvir e conversar com as partes litigantes de um processo.

Precisamos dedicar tempo às questões referentes à família, e assim, a própria oitiva da criança, independentemente de sua idade, desde que o ouvido consiga expressar o mínimo de resposta possível e ainda que seja realizada de forma interdisciplinar, deve ser vista como um requisito essencial no processo de guarda compartilhada, isso porque, é de suma importância que fique claro quais os reais sentimentos das crianças relativos aos seus pais, e dos sentimentos dos pais para com as crianças.

Da mesma forma, seria extremamente útil ao deslinde da lide a oitiva e acompanhamento dos genitores por psicólogos e mediadores, sempre que necessários, pois muitas vezes, as partes precisam de atenção e comumente, expressar-se através de papéis (petições) não deixa transparecer tudo o que efetivamente somos e sentimos.

O instituto da guarda compartilhada deve ser visto por ambas as partes envolvidas no processo como um meio de assegurar a decisão mais justa para a criança e/ou adolescente. Desta forma, apenas para finalizar, podemos elencar diversos benefícios que a guarda compartilhada trás, quais sejam: conservar o contato direto e efetivo dos filhos com seus pais; evitar a síndrome da alienação

parental; promover a convivência dos filhos com os genitores, propiciando assim um desenvolvimento e maturação saudável do infante; mira assegurar uma continuidade e constância nos laços de afeto; busca minimizar os danos oriundos da ruptura conjugal dos pais, dentre outros.

Temos assim, que a guarda compartilhada vem sendo aplicada de forma incisiva por nossos tribunais, que buscam sempre aplicá-la da forma mais benéfica possível a ambas as partes, focalizando sempre no menor, todavia acreditamos que o instituto pode ser melhorado para produzir efeitos mais concretos e satisfatórios. Entretanto, entendemos que o judiciário precisa de tempo efetivo para dedicar-se aos casos que lhe são apresentados. Precisamos de segurança para proferirmos decisões, tendo em vista que os magistrados estão obrigados a decidir sempre que procurados, e neste ponto elenca-se que acima de tudo, precisa-se de tempo, espaço, e profissionais qualificados para proferir-se decisões equânimes e justas, ainda que isso em um primeiro momento implique no aumento de despesas da máquina judiciária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada – uma nova realidade para o direito de família brasileiro**. São Paulo: Método, p. 39-43, 2016.

ÁRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012. 196p.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. 1ª ed. Nova Fronteira. 1985. 370p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 360p.

BIBLÍIA, **Cristã**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/>> Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL, **Código Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, **Constituição Imperial de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm) Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL, **Constituição Republicana de 1891**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)> Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) Acesso em 14 mai. 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)> Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL, **Constituição Federal de 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: 14 mai. 2016.

BRASIL, Lei nº 8.069 de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm) Acesso em : 16 mai. 2016.

BRASIL, Lei nº 6.515 de 1977. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)> Acesso em: 16 mai. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Dados.** Disponível em:< [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2014\\_v41.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf)> Acesso em: 25 jun. 2016.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 561p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011. 688p.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada - A efetividade do Poder Familiar.** São Paulo: Método, p. 137-159, 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda Compartilhada: A mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável.** São Paulo: Método, p. 121-135, 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1304p.

MADALENO, Rolf. **A lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Método, p. 289-304, 2016.

MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica.** 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. 336p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito.** 37ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 456p.

PROST, Antonie, VICENT, Gérard. **História da vida privada: da primeira Guerra a nossos dias.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 656p.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 136p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social.** Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 200p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental.** São Paulo: Método, p.17-37.