

DA GUARDA COMPARTILHADA

Lidiane G. PINEDA¹
Gilmar PESQUERO F. M. FUNES²

RESUMO: O tema ora apresentado, procura abordar a guarda de filhos menores após a separação conjugal de seus pais, pois, acredita-se que as crianças, por estarem em idade de desenvolvimento de sua personalidade, sofrem demasiadamente com essa ruptura. Buscando amenizar, de alguma forma, esse acontecimento, surge o instituto da guarda compartilhada ou conjunta. Dada a importância e a transformação no conceito de guarda que esse novo instituto traz, procurou-se observar sua evolução e sua inserção quanto à aplicabilidade nos tribunais brasileiros, que de certa forma, ainda é muito tímida. Nesse caminho, foi analisado, primeiramente, o instituto da guarda, conceito, evolução histórica, espécies e critérios adotados para a sua determinação. Em seguida, buscou-se expor, mais especificamente, sobre a guarda compartilhada, evolução histórica, precedentes internacionais, possibilidade jurídica no Direito brasileiro, vantagens e desvantagens.

Palavras-chave: Guarda. Guarda Compartilhada. Filhos Menores. Interesse do menor. Aplicação.

1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Com a evolução das relações históricas, econômicas e sócias, ocorre cada vez mais a incidência de casais que buscam a separação ou o divórcio como

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail lidianepineda@hotmail.com. Programa de Iniciação Científica.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail gilmara@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

resolução do conflito. A partir daí, surge a necessidade de se solucionar a questão da guarda de filhos tido em comum. Com isso, surge um novo modelo de guarda, a compartilhada ou conjunta, que procura privilegiar o bem-estar do menor durante a ruptura conjugal, ou seja, os pais dividem-se nos cuidados para com os filhos menores, mantendo, dessa forma, um melhor relacionamento afetivo. Diferentemente, do que acontece quando se adota o modelo tradicional da guarda única, no qual observa-se que há um distanciamento entre o genitor não guardião e o guardado.

Nota-se que no ordenamento jurídico brasileiro, bem como no alienígena, o interesse do menor tem status fundamental na tentativa em diminuir os efeitos causados pela ruptura familiar, pois esta causa grande impacto negativo na formação do caráter da criança. Para tanto, os estudos realizados em favor da Guarda Compartilhada, vêm a casar com tal interesse, devido ao fato de que, nesse novo modelo, são compartilhadas todas as decisões importantes referentes à vida do menor, tais como a educação, o lazer, a saúde, as férias, a religião, entre outras.

É nesse prisma que em 1.986, o desembargador do TJRS, Sérgio Gisckow Pereira, publicou o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada ou conjunta em nosso Direito, alegando que essa matéria envolvia profissionais de outras áreas como da educação, psicologia, sociologia, medicina etc, que já demonstravam preocupação e realizavam estudos sobre o assunto.

No campo do Direito, estudiosos observaram que pouco se falava sobre a guarda de filhos no Brasil, o que exigia um enorme aprofundamento sobre o assunto. No entanto, em nossas leis, embora não exista nenhuma norma expressa sobre a guarda compartilhada, nota-se que é totalmente lícita sua aplicação para que seja assegurada a igualdade entre os genitores na criação de seus filhos. Sendo assim, já que não existem regras proibitivas sobre o assunto, a guarda compartilhada, hoje é, perfeitamente aceita tanto pela jurisprudência como pela doutrina.

Por interpretação extensiva, existem vários dispositivos que viabilizam a possibilidade de se aplicar a guarda conjunta nas relações sobre guarda. Primeiramente, em nossa Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, o qual trata do princípio da igualdade entre homem e mulher nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. Veja:

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Logo, a lei não deve fazer distinção entre homem e mulher, então não há que se falar em preferência entre um e outro quando da decisão da guarda de seus filhos na separação do casal.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, em alguns pontos, como por exemplo, o artigo 16, V, que garante ao menor a participação em vida familiar e também o artigo 19, no qual se observa a diretriz em que o menor deve ser criado e educado em seio familiar. Assim, o ECA, ao dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, nitidamente, dá amplo suporte à guarda compartilhada, posto que privilegia o convívio da criança com seus pais e ressalta a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento.

Também, no já mencionado artigo 13 da Lei do Divórcio, verifica-se a possibilidade jurídica do modelo, uma vez que dá ampla liberdade ao juiz em decidir diferentemente da forma expresse em lei, a bem dos filhos, em qualquer caso. Como ensina Sérgio G. Pereira, citado na obra de Grisard Filho (2.000, p.141), “como se constata, trata-se de uma regra que desfaz todas as regras, ou, se preferirem, passa a ser a regra das regras, entregando à discricção do magistrado a última palavra.”

Por fim, igualmente o Decreto-lei 3.200/41, no que dispõe sobre a organização e proteção da família, no artigo 16, §§ 1º e 2º, de forma expressa, autoriza o juiz a resolver sobre a guarda de modo que possa atender ao melhor interesse do menor, sendo tal interesse, o critério determinante e preponderante em relação a todos os outros, inclusive, em relação aos direitos dos pais.

Assim, diante do exposto, nota-se que não há nada que desabone a utilização da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, pelo contrario, os dispositivos supracitados, robustece-se de motivos o Direito brasileiro para adotar a guarda conjunta. Foi possível notar que, como afirma Grisard Filho (2.000, p. 142):

“Antes de impedir, nosso Direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariiedade do juiz nessa matéria. Utilizando-se dessa prerrogativa, pode o magistrado determinar a guarda compartilhada, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende aos superiores interesses do menor e for recomendada por equipe profissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no artigo 151 do ECA.”

Porém, adverte Eduardo de Oliveira Leite (1.997, p 271), quando lança as perguntas “Como tornar viável tal proposta? Ou melhor, como exercitar a guarda conjunta em ambiente quase sempre hostil ao entendimento?”

São salutares, obviamente, tais questionamentos, pois são eles quem proporcionam a evolução do direito e a forma adequada da utilização do instituto.

Começe a escrever aqui. A formatação já está pronta. É só ir substituindo o texto e ler as informações a seguir.

Texto da introdução que é elemento opcional.

Após o término de cada parágrafo dar somente um enter.

Os elementos que devem constar da introdução de um artigo científico são: a delimitação do assunto, justificativa do tema, relevância social, objetivos, referencial teórico-metodológico.

2 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

É relevante ao tema ressaltar que qualquer modelo de atribuição de guarda apresenta vantagens e desvantagens. A guarda compartilhada não é diferente, ela busca privilegiar a continuidade da relação da criança com seus genitores, após a ruptura da relação conjugal, responsabilizando a ambos, nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor.

Sendo um novo modelo a ser desbravado, muito se tem que pesquisar e solucionar a respeito, pois há poucos estudos sobre o tema no Brasil. Embora em outros países já se tenha regulamentação em forma de lei, o que vale para uma nação, não necessariamente vale para outra, uma vez que são realidades culturais, históricas, políticas, econômicas e sociais muito distintas. Mesmo porque, cada caso

é um caso, e o que é relevante a uma família na resolução do conflito, na maioria dos casos, não é o mais apropriado a outras.

Notavelmente, há que se afirmar que essa nova concepção de guarda traz muitas vantagens para as relações familiares pós-ruptura conjugal, sempre em busca de se obter o melhor ao interesse do menor. São, portanto, vantagens da guarda compartilhada:

a) a guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, na qual os dois exercem conjuntamente todos os direitos e deveres relativos aos filhos, diferentemente, da guarda única, na qual apenas um fica com a guarda jurídica, reservando-se ao genitor não-guardião o direito de visita e de fiscalização. O que se pressupõe colaboração entre ambos, para um melhor entendimento e bem-estar da nova família.

b) muitos pais (ou mães), chamados por Grisard Filho (2.000, p.166) de “pai periférico, ou seja, aquele que não detém a guarda”, vendo-se obrigado a ver seu filho esporadicamente, pesarosamente, transformam-se em “pais fantasmas”, evadindo-se da paternidade. E é nesse prisma, que a guarda compartilhada é vantajosa, pois o pai (ou mãe) também terá em mãos o poder de decisão e controle sobre a vida do filho, podendo vê-lo a qualquer tempo, obedecendo ao princípio da isonomia conjugal e, conseqüentemente, ao princípio do exercício da parentabilidade, pois há que ser respeitado o direito do menor separado de um ou de ambos os pais em manter relações pessoais e contato direto com ambos de modo regular.

c) com a atribuição da guarda compartilhada, fortificam-se as relações entre pai e filho, buscando eliminar os conflitos parentais, de modo que passa a haver um maior acesso dos filhos com seus pais, o que ajudará, certamente, a diminuir o sentimento de perda.

d) facilita a adaptação da criança com o novo estilo de vida, propiciando bem-estar, pois com a atribuição da guarda única, muitos menores, possuíam sentimento de culpa e de remorso, por, em alguns casos, ter que escolher entre o pai ou a mãe, em prejuízo do outro.

e) a guarda conjunta busca manter a vida do menor, assim como era antes da ruptura conjugal, evitando mudanças bruscas de ambiente, comportamento e estilo de vida, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois

genitores. Isso justifica o porquê de fixar a residência do menor em apenas uma casa, não alternando seu lar.

f) facilita a responsabilidade diária dos pais, uma vez que é dividida entre duas pessoas e não sobrecarregando apenas uma, como na guarda comum, e, também, auxilia na parte econômica de ambos, pois passam a compartilhar tudo o que se refere sobre os gastos de manutenção e vivência dos filhos em comum.

g) proporciona uma equiparação aos pais, no que toca ao tempo livre para organização e espaços para outras atividades, ou até mesmo, melhoria na reconstrução de suas vidas pessoais, profissionais, sociais e psicológicas.

h) em muitos casos já relatados, diminui para os pais o sentimento de culpa e frustração por não estar junto e participando ativamente da vida de seus filhos, preservando a convivência familiar e fortalecendo, desse modo, os laços afetivos abalados pela ruptura conjugal.

3 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Em regra, todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas, nenhum pode resolver de maneira plenamente satisfatória, a fim de acabar totalmente com o conflito, mesmo porque, muitas vezes eles ocorrem não por causa do modelo de guarda adotado, mas pelas relações familiares e a postura dos pais perante os filhos.

Os pontos de críticas abordados pela doutrina em desvantagens à guarda compartilhada são:

a) esse sistema de guarda não deve ser adotado para casais que não sejam cooperativos e que não possuam diálogo um com o outro, pois os filhos sofrem com isso e, na verdade, eles devem ser isolados dos conflitos, garantindo seu bem-estar.

b) também, ao se fixar a residência ao menor, é importante que não haja alternância de lares, para garantir a estabilidade emocional e social que a criança necessita em sua formação. A guarda compartilhada não deve ser confundida com a guarda alternada, na qual os filhos deverão ficar, obrigatoriamente, com cada um

dos pais por tempo determinado (semana, mês, semestre ano etc), o que acarreta, como já dito, grande desvantagem à criança com mudanças em seu cotidiano, tornando-se assim, uma vida instável.

c) quanto à responsabilidade e os acordos da guarda física, também terão que ser feitos sem proporcionar conflitos, fixando sempre os parâmetros para uma boa convivência entre os membros da família.

d) o ideal é que os pais morem relativamente perto um do outro, pois, caso contrário, não se viabilizará a divisão e o compartilhamento exigidos aos cuidados dos filhos que esse tipo de guarda proporciona. Logo, se a mãe, detentora da guarda física da criança, por exemplo, e o pai morando em outra cidade ou outro estado, ficaria difícil haver colaboração e participação do pai nas atividades da vida de seus filhos, embora este possa por bem, demonstrar preocupação em estar presente.

e) outro argumento contra a guarda conjunta é o fato da possibilidade de se mascarar a realidade, gerando uma falsa expectativa na criança, de uma reconciliação da vida conjugal entre seus pais. No entanto, toda modalidade de guarda pode causar tal anseio, não é só na guarda compartilhada que isso pode acontecer.

Assim, nota-se a real necessidade em se aprimorar os estudos feitos sobre a guarda compartilhada, ajustando-se à realidade fática, o que só se dará pela contribuição da doutrina e jurisprudência, possibilitando, desse modo, um aprimoramento do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Editora Universitária, 1.981.

BRASIL. Constituição (1.998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1.998.

BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2.002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2.002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1.990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Condeca, São Paulo, 1.996.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.000.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.990. Vol.1-2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2.002. Vol. 5.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais – a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** São Paulo: RT, 1.997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família.** São Paulo: RT, 1.994.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. **Tratado de Derecho de Familia: Filiación. Procreación Asistida. Patria Potestad, Tutela y Curatela. Parentesco. Mediación.** Buenos Aires: La Ley, 2.006. Tomo 4.

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança,** 02 de setembro de 1.990.

ONU. **Declaração de Genebra,** 1.924.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**, 20 de novembro de 1.959.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2.002. Vol. 5.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2.002. Vol. 6

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental. Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.002.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1.998.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1.995.

Monografias:

BRAGA, Wellington. **Guarda Compartilhada: Contrapesar do Interesse do Menor para Confabulação da Justiça**. Presidente Prudente, 2.004.

CAMPOS, Juliana Alves. **A Situação dos Filhos na Separação do Casal**. Presidente Prudente, 2.006.

COSTA, Kelly C. **Guarda Compartilhada com Alternância de Lares**. Presidente Prudente, 2.001.

JANUÁRIO, Andréa S. S. **Direito de Guarda: Vantagens e Desvantagens**. Presidente Prudente, 2.005.

NADAI, Fernando de. **Guarda Compartilhada**. Presidente Prudente, 2.001.

NEVES, Lourdes Rosa. **Guarda Compartilhada: Defesa da Igualdade Parental e do Melhor Interesse do Menor**. Presidente Prudente, 2.001.

OLIVEIRA, Fábio Gomes de M. G. **Guarda Compartilhada**. Presidente Prudente, 2.001.

SANTOS, Antonio Carlos dos. **Guarda Compartilhada: A Melhor Opção no Interesse do Menor.** Presidente Prudente, 2.002.

SILVA, Bianca Santos da. **A Guarda de Fato como Ofensa aos Direitos Fundamentais das Crianças e dos Adolescentes.** Presidente Prudente, 2.005.