

A RESPONSABILIDADE PARENTAL CONJUNTA APÓS A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Ney Lobato Rodrigues

Advogado.

Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE.

Professor do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE.

Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Docente da Faculdade de Direito de Bauru/ITE, Professor de

Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

Doutor, Livre Docente, Associado e Professor Titular de Bioquímica

pela UNESP, campus de Botucatu.

Aline Panbozzi

Acadêmica da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

Integrante do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE e do

Núcleo de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

Suellen Siqueira Marcelino Marques

Quintoanista da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas das Ciências Jurídicas

e Biológicas da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

RESUMO

Tendo em mente que a família é a base da sociedade, o presente trabalho aborda, de uma forma genérica, a guarda dos filhos no Direito de Família Brasileiro, dando-se especial ênfase à guarda compartilhada.

Embora este modelo de guarda – a guarda compartilha - ainda não tenha sido instituída no ordenamento jurídico pátrio, esta merece uma especial atenção, vez que cada vez mais cresce o número de filhos com pais separados ou divorciados.

A separação e o divórcio têm como maiores prejudicados os próprios filhos que, na maioria dos casos, têm o contato com um dos pais muito diminuído, se não extirpado, prejudicando, assim, o crescimento da prole em vários aspectos, como sociais, afetivos e psicológicos, resultando este último, muitas vezes, em quadros depressivos.

Desta forma, procurou-se defender que a guarda compartilhada, ou seja, o modelo de guarda em que a prole vive alternadamente com ambos os pais, como sendo a melhor modalidade de guarda, desde que haja um mútuo consenso, não podendo assim derivar de uma imposição legal.

Ademais, outro fundamento forte para a defesa da guarda compartilhada é o fato de ela, por um lado, resguardar os direitos e deveres dos pais igualmente, tornando efetivo o Princípio da Igualdade entre homens e mulheres; e, por outro lado, proporcionar um melhor desenvolvimento à prole, vez que ambas as figuras, tanto paterna quanto materna, estarão constantemente presentes em suas vidas, participando na tomada das decisões importantes, dividindo experiência e, acima de tudo, convivendo em harmonia.

Palavras-chave: guarda, guarda compartilhada, poder familiar.

1. INTRODUÇÃO

Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, comumente chamada de organismo familiar, e a ela se conserva ligado durante toda a sua existência. Mesmo com a constituição de uma nova família, pelo casamento, os vínculos anteriores permanecem.

A família reveste-se, dentro de todas as instituições públicas e privadas, da maior relevância, pois é ela o núcleo fundamental sólido em que se baseia toda a organização social. Literalmente, como a própria Lei Maior do nosso país declara em seu art. 226, “a família é a base da sociedade”.

Segundo a definição de Clóvis Beviláqua, direito de família

é o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre os pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, de curatela e da ausência.

Assim, a família, *a priori*, é formada pelo casamento. Hodiernamente, incluem-se no conceito de família, ou de entidade familiar, como bem elucida a Constituição Federal, em seu parágrafo 4º, do artigo 226, a família monoparental – aquela formada por um dos pais e o(s) filho(s) – ou, até mesmo, a família oriunda da união estável (inciso anterior ao mencionado alhures).

Também taxa nossa Lei Maior que o casamento, incluindo neste contexto a união estável, se baseia na reciprocidade dos sexos. Esta união dos sexos ocorre, vulgarmente falando, por puro instinto animal, a fim de perpetuar a posse recíproca de suas faculdades sexuais.

Nesta relação, o indivíduo humano se torna uma *res* - o que é contrário ao direito de humanidade em sua própria pessoa -; entretanto, se pessoa é adquirida pela outra como uma *res*, esta mesma pessoa também adquire igualmente a outra forma, reciprocamente, e desta forma, estabelece personalidade.

Pelas mesmas razões, a relação das pessoas casadas entre si é uma relação de igualdade, no que diz respeito à posse mútua da *res*, com a finalidade precípua de perpetuar a espécie humana, aliada, obviamente, aos prazeres da carne.

Da procriação, segue-se o dever de preservar e criar os filhos. Entretanto, os filhos, enquanto pessoas, têm um direito *in natu* original, que se difere do mero direito hereditário, quer seja, de serem criados aos cuidados dos pais até serem capazes de subsistirem por si próprios.

Desse modo, o que foi gerado – o filho - é uma pessoa, e é impossível pensar em um ser dotado de liberdade pessoal como sendo gerado apenas por processo físico, sem o desprendimento da responsabilidade dos pais, que a seu livre arbítrio coloca-o no mundo. Este ato gerar prole sem o consentimento da mesma vincula os pais à obrigação de deixá-la satisfeita com a condição assim adquirida, de filhos.

Assim, os pais não podem considerar seus filhos uma *res* de sua própria criação, como antigamente, onde o alto número de filhos por casais se dava em função da necessidade de pessoas para trabalharem no campo, em economia familiar. Esta situação não é mais passível de ser admitida nos dias atuais, pois os filhos são seres dotados de liberdade, não podendo ser considerados um mero objeto, que se manipula da forma que achar mais adequada.

Além do apresentado acima, é inerente aos deveres dos pais o controle e instrução dos filhos enquanto estes forem incapazes. Toda esta instrução deve continuar até que a criança atinja o período de emancipação.

Porém, como nada no direito nem na sociedade é estático, o direito de família vem apresentando mudanças. Mudanças essas conseqüentes das próprias mudanças sociais, uma vez que o direito e a sociedade estão intimamente ligados. A título de exemplo, antes, o pai era o cabeça da família, restando à mãe os afazeres domésticos. As mudanças econômicas fizeram com que as mulheres abandonassem seus lares em busca de empregos para complementarem a renda familiar.

As separações dos casais, sejam consensuais ou litigiosas, estão se tornando cada vez mais freqüentes no meio social. Não obstante, permanece inabalável a idéia de família, sustentando que a convivência familiar é um direito da criança e do adolescente, não podendo este direito restringir-se em decorrência da dissolução da sociedade conjugal.

A presente pesquisa procura determinar e avaliar, como se resolve o poder familiar após a dissolução da sociedade conjugal, mais especificamente com relação à guarda da prole.

Os psicólogos, os assistentes sociais e os operadores do Direito devem se irmanar, pois mesmo em sua dor e frustração, os pais conseguem enxergar que os filhos também estão desapontados e sofrendo; repartir a guarda pode engendrar elementos importantes para a restauração e reparação de aspectos internos de todos os atingidos.

Conforme pode ser observado no “Novo Código Civil Comentado” (FIUZA, 2004), a dissolução da sociedade conjugal não altera os direitos e deveres inerentes aos pais, exceto no que diz respeito à guarda dos filhos.

No capítulo especial destinado à proteção da pessoa dos filhos, dispõe que na dissolução da sociedade conjugal, pela separação judicial, por mútuo consentimento ou pelo divórcio direito consensual, observar-se-á a concordância dos cônjuges, sobre a guarda dos filhos. É o que dispõe o artigo 1583 e seguintes do Código Civil instituído pela Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Nosso legislador, na edição desse artigo, omitiu erroneamente a possibilidade de acordo da guarda pelos pais, após a dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio, porém esta deficiência já foi levada à Câmara para ser analisada.

2. CONCEITO DE GUARDA

O vocabulário guarda “é derivado do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também do inglês warden (guarda), que formou o francês garde, pela substituição do w em g, empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância e administração” (SILVA, 2002, p. 365-366).

Ademais, a guarda de filho é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais, ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia os filhos, ou de, simplesmente, protegê-los nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

No desenho da guarda compartilhada, os nossos tribunais, *data vênia*, não atingiram a evolução jurídica do tempo contemporâneo. Assim, é que Grisard Filho (2000), corroborando esta problemática jurídica, formulou o seguinte pensamento

a custódia física ou custódia partilhada é uma nova forma de família na qual, pais divorciados, partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões.

Segundo o conceito genérico de guarda, apresentado por Oliveira (2000), entende-se ser um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educacional de um menor de idade.

Strenger (1998, p. 32) define guarda como um poder e um dever, submetido à um regime jurídico através do qual faculta àquele que a detiver prerrogativas para o exercício da proteção e amparo necessários para a criação da prole.

3. TIPOS DE GUARDA – ALGUMAS REFLEXÕES À GUARDA COMPARTILHADA

No sistema jurídico brasileiro, há previsão de três formas de guardas: a guarda alternada, aninhamento ou nidação e a guarda exclusiva. Há, em projeto, um novo modelo para a resolução do problema ocasionado pela dissolução da sociedade conjugal, da qual gerou prole, que, inclusive, já possui previsão em ordenamentos jurídicos alienígenas, como nos Estados Unidos da América, Canadá, Itália e França, a qual é denominada guarda conjunta ou guarda compartilhada, objeto de análise do presente trabalho.

A guarda alternada corresponde a *joint physical custody* e deriva do direito anglo-saxão; segundo Bruno (2002, p. 27-39), os genitores ficam com a criança ou adolescente, por um tempo estabelecido de forma equânime e exclusiva. Ao término do período temporal, os papéis se invertem, passando aquele que exercia apenas a guarda jurídica a exercer a guarda material e vice-versa.

A grande crítica a respeito dessa guarda é a violação do princípio da continuidade do lar, o que prejudica os hábitos, valores e padrões da personalidade do filho, gerando uma grande instabilidade emocional.

Na guarda chamada de aninhamento ou nidação, cabe a cada um dos pais conviver com os filhos em residência fixa, por períodos alternados, onde o deslocamento de residência caberá aos pais e não aos filhos, em contrário ao modelo mencionado acima. Critica-se essa modalidade de guarda por ser ela onerosa, já que os pais teriam que sustentar três residências.

Por fim, o último tipo de guarda, atual, do ordenamento jurídico brasileiro, a guarda dividida, ou como também pode ser chamada, guarda exclusiva, em que um dos pais exerce a guarda jurídica e material, cabendo ao outro apenas o

exercício do direito de visitas periódicas, o que contradiz o princípio da isonomia e, ainda, afasta os filhos da convivência diária com seus pais.

Estas formas de guardas são severamente criticadas pelos psicólogos, pelos assistentes sociais e pelos operadores do Direito, pois elas não estabelecem um relacionamento estável com seus pais, havendo inúmeras mudanças de locais de moradias, o que gera, conseqüentemente, um ambiente familiar não-cristalizado.

Por todas essas críticas, quanto ao futuro dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal, o legislador pátrio vem estudando uma melhor forma de resolver estas questões, baseando-se no modelo já usado em outros países, o que se fez através de dois projetos de lei¹ elaborados para instituir no Brasil a chamada guarda compartilhada.

4. ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA

Motta (2002, p. 79, 96) entende que, no termo guarda compartilhada, o genitor, que não tem a guarda física, não se limitará a supervisionar a educação dos filhos, mas sim cabendo a ambos os pais a participação efetiva dela, como detentores de poder e autoridade iguais para tomarem decisões diretamente concernentes aos filhos, seja quanto à sua educação, religião, cuidados com a saúde, formas de lazer, estudos, etc.

De qualquer forma, a repercussão positiva desta modalidade guarda é devida pela continuação do relacionamento do adolescente ou da criança com seus genitores. Ela não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é a angústia e medo de magoar o preterido. Além do mais, a guarda compartilhada possibilita a isonomia dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, como o dever de sustento, guarda, educação dos filhos menores, declarados no artigo 229 da Constituição Federal e no inciso IV do artigo 1566 do Código Civil, combinado com o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As mães têm as responsabilidades divididas com os pais, e com isto, há um aumento no respeito mútuo entre os genitores. Filhos abandonados total ou parcialmente têm dificuldades em lidar com sentimentos gerados por este abandono, o que traz conseqüências imprevisíveis no futuro.

Estas crianças apresentam um núcleo depressivo, levando-as a sentimento de baixa-estima, como, por exemplo, o fato de não serem merecedoras de amor.

Infelizmente, aliadas a estas conseqüências, Sergio (2000, p. 135) menciona uma de grande importância e incidência nos casos concretos, que é a ausência da figura paterna. Essa lacuna de paternidade gera um sentimento de perda muito grande nos filhos, em especial nas filhas que, muitas vezes, buscam suprir

1 Projetos de Lei n.º 6.315/2002 e n.º 6.350/2002, abordados no item cinco deste trabalho.

esta falta, mesmo que inconscientemente, em pessoas mais velhas, como tios, avós, e, até mesmo, em namorados.

Assim, a modalidade de guarda compartilhada permite que ambos os pais possuam a guarda jurídica e física dos filhos, facilitando a convivência entre eles, e o mais importante, com igualdade entre os cônjuges, tanto no direito de guarda quanto no direito de participar das decisões importantes da vida da prole.

Muito embora ainda não haja nenhuma norma positiva expressa que regule este tipo de guarda, já se é possível falar, na prática, desse modelo, através dos dispositivos encontrados na Constituição Federal, na Lei de Divórcio e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A igualdade entre homens e mulheres, a igualdade dos direitos e deveres exercidos na sociedade conjugal e o Princípio da Dignidade Humana e Paternidade Responsável, constantes na Constituição Federal, nos artigos 5º, inciso I, 226, § 5º e 226, §7º, respectivamente, são os dispositivos que pressupõem a inconstitucionalidade do favorecimento da guarda em proveito de um dos cônjuges, colocando em detrimento o direito do outro.

Assim, embora não haja previsão expressa quanto a esta modalidade de guarda, ela é a que melhor resguarda os direitos e deveres, garantindo, por um lado, uma isonomia plena aos pais, e, por outro lado, um desenvolvimento emocional, familiar, econômico, afetivo, etc., melhor aos filhos, pois estes terão sempre a figura daqueles presentes em suas vidas.

Do já mencionado, pode-se concluir que os dispositivos legais que preferem a guarda dos filhos à convivência materna, especificamente o artigo 10, § 1º da Lei de Divórcio, não foram recepcionados pela Constituição Federal, por, justamente, violarem o Princípio da Igualdade entre Homens e Mulheres, conforme relatado alhures.

Ademais, a própria Lei de Divórcio trouxe dispositivos que permitem, implicitamente, a fixação da guarda compartilhada, como se observa em seu artigo 13, que dispõe que é facultado ao juiz regular, de forma diversa, a situação dos filhos com seus pais, conforme observado o caso concreto, bem como o artigo 9º desta mesma lei, que permite aos cônjuges acordarem sobre a guarda de seus filhos.

Tais entendimentos vêm corroborar a plausibilidade da adoção do modelo de guarda compartilhada defendida neste trabalho.

5. PROJETOS DE LEI SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Dois são os Projetos de Lei que abordam o tema da guarda compartilhada: um de autoria do Deputado Federal Feu Rosa, de n.º 6.315/2002 e outro de autoria do Deputado Federal Tilden Santiago, de n.º 6.350/2002.

O primeiro Projeto de Lei de n.º 6.315/2002 acrescentava um parágrafo único ao artigo 1583 da lei n.º 10406 de 10 de janeiro de 2002, na qual permite a guarda

compartilhada se houver acordo na tratativa entre os pais. É considerado um projeto razoável e humano. Entretanto, é mister informar que o uso indiscriminado e sem critério poderá levar a guarda compartilhada ao descrédito.

O segundo Projeto de Lei que acrescentava dois parágrafos ao art. 1583 ao Código Civil. Entretanto, porém, este apresenta dúvidas quanto à sua viabilidade, por autorizar a imposição (grife-se) deste modelo de guarda, sendo tal imposição feito pelo próprio juiz. Ora, pressuposto basilar da guarda compartilhada é o acordo sinalagmático entre os pais, sendo que uma imposição legal poderia culminar com a perda das finalidades da guarda, quer seja, o exercício dos direitos e deveres dos pais de forma igual e, por outro lado, o melhor desenvolvimento e crescimento dos filhos. Por este motivo, tal projeto de lei é considerado obsoleto na temática.

Mesmo não tendo ainda a Câmara aprovado o projeto de lei que institui a guarda compartilhada, não há nenhum impedimento para o juiz fixar a guarda conjunta ou compartilhada, quando assim os pais decidirem adotar o novo modelo, pois a regra para a estipulação da guarda é o melhor interesse da criança e a guarda compartilhada busca privilegiar os menores, não cabendo ao judiciário recusar, podendo o juiz, se verificado que os interesses desse menor não estão sendo protegidos e que ela esta sujeita a discussões freqüentes de seus pais, regular de maneira diferente, pois o artigo 1586 do CC de 10/01/2002 assim permitiu.

CONCLUSÃO

O Programa de Atenção à Infância e à Adolescência, da Faculdade de Psicologia do Campus de Bauru, da UNESP, tem constatado que a maioria das crianças atendidas com problemas de agressividade, indisciplina, baixo rendimento escolar e apatia se ressentem da ausência do pai ou da mãe.

A guarda compartilhada de filhos divorciados é uma arma contra esse drama que assola a vida das crianças: a falta dos pais, sendo a forma que mais assegura a igualdade de direitos entre os pais, não mais privando um deles de realizar plenamente seu poder familiar.

A criança precisa saber e sentir que é aceita, querida, amada e que de alguma forma tem raízes, familiar e afetiva, sem ter que viver em conflitos e disputas constantes de seus pais, que como este modelo poderão entrar em harmonia quanto à educação de seus filhos.

Saber quem são os pais, conhecê-los e conviver com eles é parte integrante e fundamental da construção de sua identidade pessoal.

Caberá agora aos operadores do Direito e Psicólogos analisar o que será mais adequado para o interesse da família e do menor e o que melhor efetiva os direitos previsto na Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, n.º 12, p. 27-39.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes; et al. *Novo código civil comentado*, 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: RT, 2000, p.102.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos. Direito de família e ciência humanas. Cadernos de estudos brasileiros*. São Paulo: Jurídica brasileira, n.º 3, 2002, p. 79-96.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. 3ªed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SERGIO, Nick. *Guarda compartilhada: um enfoque no cuidado dos filhos de pais separados ou divorciados*. In: BARRETO, Vicente (coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*, 2000, p.135.

SILVIA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 365-366.