

Guarda Compartilhada (Pequenos Apontamentos)

Maria Claudia Chaves

Advogada especializada em Direito de Família; associada do IBDFAM; pós-graduada em ciências jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa, Research Scholar da Universidade de Michigan, EUA.

1. INTRODUÇÃO

O tema guarda de filhos sempre foi, e será, uma das mais angustiantes questões que os pais em processo de separação podem enfrentar, por mais amistosa que seja a ruptura da vida em comum. As modificações familiares atingem a todos, especialmente as crianças.

Há muito estávamos estagnados no velho conceito da guarda unilateral que “desconsiderava a família como um sistema de funções complementares, não assegurando aos filhos o direito de serem criados e educados por ambos os pais e, em correlação, aos pais o exercício da autoridade parental em regime de corresponsabilidade, de forma igualitária, temática outorgada em diversos tratados de direitos humanos.”¹

O antigo artigo 325 do Código Civil de 1916 determinava que “No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Sobre esse aspecto, ainda nos idos do início do século passado, o ilustre civilista J.M. Carvalho Santos lecionava que “No desquite amigável tudo é resolvido de comum acôrdo entre os cônjuges. Não podia fazer exceção a proteção da pessoa dos filhos do casal. Principalmente porque, pelo menos, é de presumir, ninguém poderá ter mais interêsse no bem-estar e futuro dos filhos do que os próprios pais.”²

Já naquela época vislumbrou o legislador a possibilidade de os pais acordarem livremente quanto ao futuro dos filhos menores, desde que observado o melhor interesse daqueles. Este aspecto teleológico da norma, contudo, dificilmente era, como ainda não é, respeitado.

1 Filho, Waldyr Grisard, “A Preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais”, in **Direito das Famílias**, Maria Berenice Dias/Organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.418.

2 In, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, v. V, 6ª edição, 1953, p. 295, Editora Freitas Bastos.

De outro turno, e assim não poderia deixar de ser, já que predominava o pátrio poder e não o poder familiar, quando o desquite assumia caráter litigioso, a guarda do menor, independentemente da observância de seu bem-estar, era designada ao cônjuge inocente, pelo que, segundo o citado civilista, tal regra se explicaria “porque se o cônjuge fôr declarado inocente é precisamente porque se portou dignamente na constância da sociedade conjugal e pelos seus precedentes honrados, que o recomendam, faz jus a que a lei lhe dê preferência para ter consigo os filhos. A lei parte do pressuposto de que o mau marido não pode ser um bom pai.”³

Seguindo a tradição moral daquele período, o legislador deixou registrado no § 1º, do art. 326, que, se ambos os cônjuges fossem declarados culpados, teria a mãe o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos, até a idade de seis anos, quando, então deveriam ser entregues à guarda do pai, já que “como os filhos, de ambos os sexos, enquanto menores de seis anos careçam de desvelos e cuidados maternos, cuidados que o pai não poderá dispensar, manda a lei que até essa idade os filhos fiquem em companhia da mãe. Dos seis anos em diante, como os filhos precisem, para benefício próprio, da direção do pai, manda a lei que fiquem êles sob a guarda dêste. E as filhas maiores de seis anos continuarão em companhia da mãe, contribuindo o pai para o sustento delas.”⁴

2. EVOLUÇÃO DA NORMA

Passado o tempo, pequena evolução se observa no art. 10, da Lei nº 6.515/77, que praticamente reproduziu o art. 326, do antigo Código Civil, *verbis*: “Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.” Inobstante tal comando, boa parte doutrina e da jurisprudência vem, gradativamente, desconsiderando a causa da separação ou divórcio, observando, apenas, seus requisitos objetivos.

O Novo Código Civil, já não tão novo assim, perdeu a oportunidade de excluir o elemento culpa do capítulo que trata da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal⁵, travando um descompasso com as recentes

³ Santos, J.M. de Carvalho, ob. cit. p. 296.

⁴ Santos, J.M. de Carvalho, ob. cit. p. 296/297.

⁵ O CC/02 manteve a separação litigiosa-sanção no arts. 1.572, a culpa como critério de fixação de alimentos nos arts. 1.694, §2º e 1.704, parágrafo único e como causa da perda do direito de usar o nome no art. 1.578.

mudanças, e as que estão por vir⁶, da estrutura do direito de família, que já em boa hora não mais permite esse tipo de apuração.⁷

Por maior razão ainda, não se pode admitir a manutenção da culpa para fins de guarda, sob pena de se infringir os direitos de personalidade dos filhos menores, que serão privados, de forma penitencial, da convivência do genitor “culpado”, a acarretar, possivelmente, danos psicológicos, muitas vezes irreversíveis, isto sem considerar a possibilidade da prática da alienação parental, tão debatida atualmente.⁸

Não se pode negar a existência do direito fundamental do menor à convivência com seus pais, biológicos ou não. Aliás, trata-se de direito subjetivo, sendo certo que (...) A Lei não cria, propriamente, o direito subjetivo. O que ela faz é recortar, da exigência ontológica de realização do homem, certo aspecto respeitante a determinado fim de pormenor, para lhe garantir a satisfação nesse aspecto. A matéria do direito subjetivo existe no próprio homem e é inseparável dele (...)”⁹

O Código Civil de 2002, antes do advento da Lei nº 11.698/2008, determinava, igualmente, que os pais acordassem sobre a guarda dos filhos. Diante da impossibilidade de entendimento comum, transferia ao magistrado tal incumbência, destinando a guarda dos menores ao genitor que demonstrasse melhores condições de exercê-la, facultando-lhe a lei, inclusive, o deferimento a terceiros se ambos os pais mostram-se incapazes ao desempenho desse papel.

Tal mister, ainda que se trate de um magistrado experiente e zeloso na profissão, torna-se quase impossível, diante do escasso contato que se tem com as partes, em razão do acúmulo de processos nas Varas de Família,

6 A PEC do divórcio

7 Alice de Souza Birchall, em seu artigo “A culpa, seu valor jurídico e efeitos para o direito de família e sucessões”, publicado no **Direito das Famílias**, Dias, Maria Berenice/Organizadora, salienta que “A inquirição da culpa não faz o menor sentido nos dias atuais. A sociedade brasileira já não se opõe ao divórcio e não discrimina mais as pessoas divorciadas. É pacífico que a falta de amor é suficiente para que os cônjuges não queiram mais conviver, ou um deles deseje romper o vínculo conjugal. Neste sentido, o próprio Código Civil de 2002 dispõe, no parágrafo único do art. 1.573, que ao juiz é permitido julgar procedente o pedido de separação ou de divórcio por qualquer motivo que o convença de que a manutenção da vida em comum é impossível.”

8 Segundo os ensinamentos de Paulo Lobo, a forma mais agressiva de alienação parental é a “indução psicológica para que a criança odeie seu outro genitor. A alienação parental não apenas compromete a convivência do filho com seu genitor, mas daquele com todos os parentes do grupo familiar deste (tios, avós, primos). A demonização do outro e de seus parentes deixa seqüelas traumáticas, às vezes irreversíveis, que comprometem o equilíbrio psicológico da pessoa, inclusive em sua vida adulta; o descobrimento tardio de que foi vítima de alienação parental quase sempre vem acompanhado de intensa frustração e de sensação de perda afetiva.” In, “Direito-dever à convivência familiar”, **Direito das Famílias**/ Maria Berenice Dias Organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 402/403.

9 Silva, Manoel Duarte Gomes da, “Esboço de uma concepção personalista do Direito”, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. XVIII, 1964, p. 11/112.

salientando, ainda, que, o momento em que os genitores se encontram é frágil, com todas as emoções e rancores à flor da pele, dificultando-se mais ainda a tarefa de “eleger” o guardião ideal.

Com a escolha de um só responsável exclusivo pela guarda fere-se o princípio da igualdade entre os cônjuges e melhor interesse da criança, além de atingir sua dignidade, já que frequentemente é objeto de disputa das mais variadas e graves desavenças.

3. FUNDAMENTOS LEGAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

Nesse diapasão é que a guarda monoparental deveria tornar-se exceção à regra, já que a compartilhada respeita em maior escala direitos fundamentais, tanto dos pais quanto dos filhos, em harmonia com o comando previsto no art. 227, da Constituição Federal.

E não é só a Lei maior que proclama o respeito e a proteção da dignidade dos menores. Além de tratados internacionais, como o art. 9º, da Convenção dos Direitos das Crianças, elaborada pela Organização das Nações Unidas em 20-11-1989¹⁰, a Lei nº 8.069/90 consigna que a “criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”¹¹

O capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê ainda o direito à convivência familiar e comunitária, enquanto que o art. 19 estatui que “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambientes livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”¹²

O artigo 21, da citada Lei nº 8.069/90, por sua vez, garante a igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do poder familiar, dando competência à autoridade judiciária para a solução de divergências porventura existentes.

10 Artigo 9º - 1. Os Estados-partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

11 Art. 15, da Lei nº 8.069, de 13-7-1990. Os artigos 16, 17 e 18 da Lei prezam, respectivamente, pela liberdade, inviolabilidade física, psíquica e moral da criança e do adolescente e sua dignidade.

12 Art. 19, da Lei nº 8.069/90.

Nota-se, portanto, existir uma gama de diplomas destinados à proteção do melhor interesse do menor, incluindo-se neste rol o direito de convivência com ambos os pais. Nesse esteio é que a guarda compartilhada mostra-se mais completa e digna do que a unilateral.

4. INEFICIÊNCIA DA GUARDA EXCLUSIVA

O modelo de guarda exclusiva, na maioria das vezes deferida às mães, haja vista a estatística por meio da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, nunca cumpriu seu suposto papel de evitar o desentendimento entre os pais; ao revés, promove a separação da criança e a torna vítima dos problemas que, em tese, os ex-cônjuges deveriam resolver sozinhos, estando em total desacordo com os princípios constitucionais, tratados internacionais e leis ordinárias.

Doutrina Luiz Paulo Vieira de Carvalho que “Em virtude do hoje princípio constitucional da igualdade entre os sexos (arts. 5º e 226, § 5º, da CRFB/88, art. 22, da Lei nº 8.069/90 e arts. 1.631 e 1634 do CC), entre nós o poder familiar abrandou-se, deixando de revestir em parte aquele caráter absoluto nos moldes do diploma civil anterior (ainda, em parte, inspirado no Direito Romano), passando a ser exercido por ambos os pais visando primordialmente à proteção e à satisfação dos interesses dos filhos, em especial quanto ao indispensável convívio familiar, base angular do direito à efetividade, estreitamente relacionado à solidariedade, à dignidade humana e à integridade psíquica da prole (art. 227, *caput*, da CRFB/88 e arts. 1.634, I ao VII, 1.689 a 1.693, do CC).”¹³

Quanto ao conceito de entidade familiar, direito fundamental garantido ao menor, leciona Maria Berenice Dias “que o atual conceito de família prioriza o laço de afetividade que une seus membros, o que ensejou também a reformulação do conceito de filiação que se despreendeu da verdade biológica e passou a valorar muito mais a realidade afetiva.”¹⁴

É de se registrar inúmeros casos de mães, mais uma vez retrato da estatística, que boicotam o direito à visitação do pai, como método de retaliação, especialmente quando a questão envolve dinheiro ou adulté-

13 **Direito Civil, Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**, 2ª edição, Editora Lúmen Júris, 2008, p. 208.

14 **Família Normal**, www.ibdfam.org.br. Neste texto, salienta a especialíssima autora que “Todas estas mudanças impõem uma nova visão dos vínculos familiares, emprestando mais significado ao comprometimento de seus partícipes do que à forma de constituição, a identidade sexual ou a capacidade procriativa de seus integrantes”.

rio, no sentido amplo do vocábulo, evidenciando, assim, o fracasso ou ineficiência da guarda unilateral.

Esta situação estagnada e injusta está a mudar, com o apoio da jurisprudência, para uma igualitária distribuição da atividade da autoridade parental, que já veio refletida na Lei nº 11.698/2008.

5. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

Antes de se analisar o instituto propriamente dito, insta consignar que a jurisprudência, em uma gradativa evolução, instituiu a guarda alternativa e dividida, que não se confundem.

Pela guarda alternativa, “(...) cada genitor detém a guarda exclusiva dos filhos por um período certo de tempo, exercendo com exclusividade todos os direitos/deveres que integram o poder familiar, alternando-se as funções e responsabilidades no final de cada período. Na guarda dividida, as crianças vivem em um lar fixo, recebendo, periodicamente, a visita do genitor com quem não convivem”¹⁵.

A Lei nº 11.698 modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para seguintes termos:

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

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

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

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

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

§ 4º VEDADO.” (NR)

15 Waldyr Grisard Filho, ob. Cit., p. 418

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

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

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

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

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

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

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

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

Apesar da pequena evolução, pecou o legislador por não prever como regra a guarda compartilhada, facultando-a aos pais ou impondo-a naqueles casos em que inexistente consenso entre o pai e a mãe quanto ao destino do filho, tal como dispõe o § 3º, do referido artigo 1.584.

Pela letra fria da lei, em uma interpretação isolada, parte da doutrina e da jurisprudência poderá afirmar que só haverá lugar para a guarda com-

partilhada quando não houver litígio entre o casal, o que a colocará no parâmetro de exceção em vez da regra.

Não se pode olvidar que a harmonia dos pais deveria ser um antecedente obrigatório ao consenso pela guarda dos filhos, tanto unilateral quanto a compartilhada, contudo, na maioria das vezes, os próprios genitores parecem colocar de lado o melhor interesse da criança e travam uma guerra egoísta, confundindo a relação parental com a conjugal.

A guarda unilateral, deferida na maioria das vezes às mães, repita-se, criou a figura do pai ocasional, aquele que encontra o menor em dias e horas acertadas, tornando a relação paternal fria, despida do envolvimento necessário que pai e filho têm direito, além de trazer distúrbios psicológicos para a própria criança.

Muitos sustentam a necessidade de harmonia entre o casal para a implantação da guarda compartilhada. Ocorre que os pais devem em qualquer tipo de guarda buscar o melhor entendimento possível, pois sempre haverá necessidade de entrosamento. Afirmar que a guarda unilateral seria uma boa opção para aqueles ex-cônjuges que se comunicam através de pessoa interposta é deixar de enfrentar o problema já que a falta de diálogo, tal como o desentendimento, atinge psicologicamente o menor.

Destarte, em vista do princípio que visa proteger o melhor interesse do menor, finalidade do instituto da guarda, deve-se privilegiar a relação sadia entre os pais, sendo no mínimo leviana a afirmação de que a guarda exclusiva entre casais inimigos é melhor opção do que a compartilhada. O egoísmo dos pais deve ser posto de lado a fim de que os interesses dos filhos sejam de fato considerados.

Há duas espécies de guarda compartilhada; a que estatui o compartilhamento físico da criança e aquela em que os pais dividem, em igualdade de condições, todos os deveres inerentes à criação do menor, permanecendo este na residência de um dos genitores.

Obviamente que a guarda física compartilhada requer um entrosamento maior dos pais, uma vez que surge uma participação mais intensa na vida do filho que, ora está na casa de um genitor, ora na de outro.

Nada impede, repita-se, possa ser a guarda compartilhada instituída com o resguardo da residência física na companhia de um dos genitores, cabendo ao outro a participação em tudo aquilo que diz respeito ao menor, das resoluções mais insignificantes, relativas ao dia a dia, às grandes decisões que geralmente envolvem educação, saúde, cultura etc.

6. BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Saliente-se que mesmo as pequenas decisões do dia a dia, quando tomadas em conjunto, evitam maiores desgastes na pessoa do filho que passa a se sentir incluído de fato nas duas novas “famílias”, ao contrário do que ocorre na guarda exclusiva em que o parente não residente, na maioria das vezes, deixa de tomar conhecimento sobre o cotidiano do menor. Não se pode esquecer que a personalidade da criança, construída minuto a minuto, nada mais é do que fruto do exemplo de seus pais.

Pesquisadores norte-americanos concluíram que crianças que têm a oportunidade de conviver com ambos os genitores possuem melhor desempenho escolar do que os que se envolvem nas disputas legais, além de, no futuro, tornarem-se eles mesmos ótimos pais.¹⁶

E não é só. Segundo as estatísticas americanas, os menores que são privados da convivência de um dos genitores estão predispostos à prática do abuso do álcool e drogas.¹⁷

Por conta disso, interessante mencionar que nos Estados Unidos da América a opção pela guarda compartilhada vem crescendo desde a década de 70 e na maioria dos estados é a forma legal imposta aos pais no momento da separação conjugal.¹⁸

7. GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS

A questão financeira também não é empecilho para a constituição da guarda, bem como não isenta qualquer dos pais do pagamento da pensão alimentícia. Inexiste razão, desse modo, para que as mães, ou pais,

16 *“Indeed, a large body of research overwhelmingly suggests children do best when they have both a mother and a father in their lives. Specifically, children whose fathers are involved in raising them do better in school, are less likely to get into trouble with the law, and are more likely to be better parents themselves.”* (Jayne Keedle, *“Fathers Matter”*, The Hartford Advocate) in www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.php

17 *“Fatherless children are at a dramatically greater risk of drug and alcohol abuse, mental illness, suicide, poor educational performance, teen pregnancy, and criminality.”* Source: U.S. Department of Health and Human Services, National Center for Health Statistics, Survey on Child Health, Washington, DC, 1993. *“Teenagers living in single-parent households are more likely to abuse alcohol and at an earlier age compared to children reared in two-parent households.”* Source: Terry E. Duncan, Susan C. Duncan and Hyman Hops, *“The Effects of Family Cohesiveness and Peer Encouragement on the Development of Adolescent Alcohol Use: A Cohort-Sequential Approach to the Analysis of Longitudinal Data”*, *Journal of Studies on Alcohol* 55 (1994). in www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.php

18 *In 1973, Indiana was the first US state to introduce a law favouring joint custody (Brinig and Buckley, 1998). It has since spread to nearly all states. There are various forms of joint custody. One typically distinguishes between joint legal custody and joint physical custody. Joint legal custody means that both parents share the right and the obligation of making major decisions about their child’s upbringing (e. g. about schooling, religion, and health care). Joint physical custody means that the child spends a significant amount of time with each parent. In any case, joint custody shares the rights and obligations concerning the child between divorced parents more equally than sole custody. (<http://www.voxeu.org>)*

pouquíssimas vezes, dificultem o acordo por temer deixar de receber os alimentos destinados à criação do filho, pois o Código Civil determina em seu art. 1.703 que “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.”

Significa isso dizer que os pais são igualmente responsáveis pelos custos dos filhos, dentro das possibilidades de cada um, não havendo qualquer interferência nesta norma legal do tipo de guarda imposta, seja ela exclusiva ou física ou legalmente compartilhada.

Nota-se, assim, que a guarda compartilhada não é o bicho de sete cabeças que tentam instituir, mas apenas uma forma ampliada da participação dos pais separados na criação de seus filhos, resguardando-se a igualdade de condições entre os genitores e o princípio que zela pelo melhor interesse do menor.

8. CONCLUSÃO

Espera-se que a comunidade jurídica caminhe no sentido de não mais se admitir a guarda exclusiva, ostensivamente ineficaz e prejudicial à saúde mental das crianças que sempre necessitaram da assistência concomitante de ambos os pais, pois, pela lição do professor Waldyr Grisard Filho “Na temática da família da atualidade a guarda compartilhada configura uma nova perspectiva relacional, aumentando-se o grau de participação dos pais nos cuidados de criação e educação dos filhos por meio de uma adequada comunicação. Se o propósito da nova lei é o de contribuir de modo eficaz para o reconhecimento dessa realidade universal, a preferencialidade pela guarda compartilhada constitui imperativo legal, de inafastável inspiração constitucional.” ❖