

DA GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS

Thiago B. Calixto dos Santos *

Cyntia Paiva Leite**

Tereza R. Vieira***

SANTOS, T. B. C.; LEITE, C. P.; VIEIRA, T. R. Da guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 10, n. 1, p. 97-112, 2007.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância do compartilhamento da guarda do filho menor, em casos de separação do casal. Tal opção faz-se necessária em decorrência do melhor interesse do desenvolvimento do menor, mantendo o elo emocional continuado com ambos os pais, contribuindo para sua auto-estima, confiança e segurança. Esta alternativa apresenta vantagens também para os pais, pois permite a tomada de decisões conjunta no que se concerne à criação dos filhos, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal ou da união estável.

PALAVRAS-CHAVE: Família; separação; divórcio; guarda compartilhada

1 Introdução

A estrutura familiar e a extraordinária quantidade de atividades dos pais e dos filhos, contribuíram para algumas mudanças na esfera familiar, uma vez que as exigências se diversificaram. Hoje em dia, ambos os pais trabalham, devendo, portanto, dividir igualmente as responsabilidades e decisões, inclusive no trato com os filhos. Mas, como proceder, em caso de separação do casal?

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, I, igualou direitos e

*Acadêmico do curso de Psicologia da Universidade Paranaense – UNIPAR. Inscrito no Programa de Iniciação Científica da Universidade Paranaense – Unipar, vinculado ao Projeto “Psicologia Aplicada ao Processo Judicial”. Bacharel em Direito pela UNOPAR - Universidade Norte do Paraná, Londrina.

**Bacharela em Direito. Pós-Graduada em Direito Público e Privado. Mestranda em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense – Unipar.

*** Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP/Université de Paris. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo- USP, Especialista em Sexualidade Humana pela Sbrash, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Paulista do Ministério Público. Ex-Pesquisadora do Governo Federal junto a Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. Professora de Bioética e Direito Processual no Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense – Unipar. Advogada em São Paulo.

deveres entre homens e mulheres. Dentre tais, os referentes à sociedade conjugal (CF, art. 226, §5.º). Ainda na seara do referido diploma legal, pontuou que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...” (art. 229).

Na mesma senda posicionou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 21 e 22) amalgamado ao novo Código Civil em seu art. 1.630, cujo texto narra que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Todavia, o assunto apresenta certa aridez quando chega ao fim o casamento ou a união estável. Com a separação do casal, amigável ou litigiosa, não é incomum a tentativa de um cônjuge tentar desqualificar o outro. Inaugurase, portanto, o conflito principal – a questão da fixação da guarda dos filhos. Por vezes, os infantes servem até como produto de barganha ou vingança.

Em verdade, grande parte dos casais não sabe como reagirá em caso de separação, sobretudo em havendo filhos. Dificilmente alguém sai ileso. *A priori*, a guarda e o poder familiar encontravam-se sob domínio de ambos, situação distinta após a ruptura dos laços conjugais, uma vez que, ainda que este se mantenha, aquela não mais permanecerá como outrora.

Se um dos cônjuges se casa novamente, logo o outro imagina que o novo consorte tomará o lugar dele na maternidade ou paternidade. O que fazer para tentar evitar que o filho se afeiçoe mais ao padrasto que ao pai? Este afeto é prejudicial à relação entre pais e filhos? É possível dividir todas as responsabilidades em casas separadas? Em que difere o *direito de visita* da *guarda compartilhada*? A guarda compartilhada deve ocorrer em benefício dos pais ou dos filhos?

Na busca de uma solução para o litígio que atenda aos ditames da Lei e, primordialmente, ao Princípio do melhor interesse da criança, desenvolve-se aqui manifestação acerca da possibilidade de se conceder a guarda compartilhada de filhos menores aos pais separados.

2 Princípio do melhor interesse do menor

Os educadores em geral acreditam que as crianças devem ser incentivadas a efetuar escolhas. Contudo, este critério não é facilmente empregado no momento em que se tem que optar pela companhia preferida, em caso de separação dos pais. A criança não é livre para escolher, uma vez que seu campo de visão é restrito em decorrência da submissão a alguma força interna ou externa, que a faz caminhar em determinada direção. Ela só pensa naquilo que quer de imediato, sem conseguir avaliar situações, fazer previsões e considerar conseqüências. (SAYÃO, 2006, p. 12)

O *princípio do melhor interesse do menor* está implicitamente

reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio em estudo pode ser haurido do art. 227 da Constituição Federal, tendo restado fortalecido com a adoção, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), da doutrina da proteção integral (art. 1.º). Também é fruto da conjugação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, que tratam da guarda do menor.

Consoante Pereira (2000, p. 32), o Brasil adotou este princípio em seu corpo jurídico, no anseio de tê-lo como norte nas questões ligadas à infância em nosso país. É de opinião majoritária que o interesse real está em sua formação moral, social e psicológica, na busca da saúde mental ou na manutenção de sua estrutura emocional (BATISTA, 2000, p. 43).

Seu conteúdo, cuja precisão é extremamente difícil, deve servir para orientar toda atuação – por parte de todo e qualquer ente – que, de alguma forma, puder refletir na esfera de interesses das crianças e adolescentes. Este ditame reforça que é dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de qualquer tratamento desumano, humilhante, violento, hediondo, constrangedor ou vergonhoso.

Tratando do interesse do menor, Strenger (1991, p. 66) oferece uma definição analítica a respeito, visando a ampliar sua noção, nos seguintes termos:

Considera-se interesse do menor todos os critérios de avaliação e solução que possam levar à convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e da saúde, segundo os cânones vigentes e identificáveis, através de subsídios interdisciplinares, obtidos com a cooperação de especialistas.

Dolto defende a idéia de que as medidas concernentes à guarda necessitam respeitar três graus de interesse: o interesse imediato e urgente de que a criança não se desarticule; o interesse a médio prazo, a fim de que ela recupere sua dinâmica evolutiva após os momentos difíceis; o interesse a longo prazo, para que ela possa deixar seus pais (*apud* BATISTA, 2000, p. 44).

Como se depreende dessa lição, mister se faz que a criança seja incentivada a conquistar sua autonomia, assumindo responsabilidades por si. Resulta claro, assim, que o escopo do interesse do menor é a autonomia responsável.

Registra-se ainda que no caso de dissolução matrimonial, os interesses da criança se sobressaem em detrimento de outras pessoas ou instituições.

Sobre o tema em pauta, aliás, Pereira (1999, p. 90) assevera:

Nas Separações e Divórcios, nos casos de guarda de filhos, estas disputas são, normalmente, a respeito de qual das partes terá o direito de criar a criança, ou seja, os questionamentos não são centrados na criança. Os Tribunais apenas estão envolvidos porque se trata de uma decisão por um, por ambos os

pais ou por terceiros. Nestas hipóteses, deverá ser aplicado o referido princípio de maneira mais realista, considerando, inclusive, a opção pelo menos prejudicial. Se os pais não conseguiram resolver os problemas amigavelmente, é complexo falar sobre o melhor interesse, mas deve-se, sobretudo, buscar diminuir os danos. A grande verdade é que essa questão está relacionada, quase sempre, aos pais. Se as disputas sobre Guarda fossem realmente a respeito do que é melhor para a criança, os pais fariam todo o possível para evitar que esses casos chegassem aos Tribunais.

Indubitável é o entendimento de que o interesse do menor deve prevalecer. A propósito, Strenger (1991, p. 37) ensina que “[...] o interesse do menor constitui o único elemento sobre o qual o juiz deve se apoiar para tomar uma decisão em matéria de guarda”.

Nesta senda, então, é que surge a figura da guarda compartilhada, objeto de estudo do presente artigo, a qual deve caminhar na trilha do melhor desenvolvimento da criança, conforme veremos.

3 Guarda

Dispunha o art.9º. da Lei 6.515/77 que , no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, deveria se observar o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos.

Lembra Rui Ribeiro de Magalhães que se litigiosa a separação judicial, os filhos menores permaneceriam sob a guarda do cônjuge inocente. Se ambos contribuíram para que a separação ocorresse, o legislador privilegiava a mãe, salvo se isso pudesse resultar em prejuízo moral aos filhos. Em caso de separação baseada na ruptura da vida em comum, permaneciam os filhos menores na companhia daquele com quem estivessem durante o tempo da ruptura. Se fundada em moléstia mental grave a guarda caberia ao que estivesse em melhores condições de assumir a responsabilidade e não seria aquele acometido pela doença. (2002, p.130)

A guarda, consoante o que estabelece o art. 1.634, II, do Código Civil, emerge do poder familiar, constituindo um conjunto de direitos-deveres (tais como o de formação, criação, educação, proteção, guia moral e religioso, vigilância etc.) sobre a pessoa e bens dos filhos. Trata-se, como dito, de um direito-dever de que são titulares os pais “[...] para poder dirigir-lhes a formação, regendo seu comportamento, vigiando-os, uma vez que são civilmente responsáveis pelos atos lesivos por eles praticados” (DINIZ, 1999, p. 347).

Sobre tal instituto, ensina Batista (2000, p. 38):

A guarda constitui um dos deveres integrantes do conteúdo do poder

familiar, o qual compreende o conjunto de obrigações dos pais em relação aos filhos menores e seus bens. Corroborando citada assertiva, a redação do artigo 1.634, inciso I, do novo Código Civil, imputa aos pais a competência de cuidar da criação e educação dos filhos menores.

Para De Plácido e Silva (2003, p. 667), guarda de filhos seria o direito ou dever, imputado aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los nas circunstâncias indicadas pela lei civil. E, ainda, significa tanto a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Trazer à tona o conceito de guarda, de maneira que englobe todos os fatores concernentes ao tema em tela, é assaz árduo. Corroborando tal assertiva, as palavras de Grisard Filho (2006, p. 49) explicam que:

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos artigos 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia de posse, como diz artigo 33, § 1º, dessa lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos.

Note-se, porque relevante, que a concepção acima exposta sobre a guarda difere da perspectiva estabelecida pela Lei n. 8.069/90, que a traz como uma das modalidades de colocação do menor em família substituta, visando “[...] a atender criança que esteja em estado de abandono ou tenha sofrido abuso dos pais, não importando prévia suspensão ou destituição do poder familiar” (DINIZ, 2002, p. 501).

A guarda disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente destina-se tanto a “regularizar a posse de fato” (guarda definitiva), nos termos do § 1.º do art. 33, quanto a “atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável” (guarda provisória), de acordo com o § 2.º do dispositivo retro citado. Ela coloca o menor em situação de dependência do guardião, a quem são transferidos alguns dos atributos do poder familiar, que deve lhe prestar auxílio material, moral e educacional.

Portanto, a guarda decorrente do Código Civil é instituto inerente ao poder familiar, que merece especial atenção em caso de ruptura da relação conjugal, ao passo que a disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 33 a 35), não suprimindo aquele, cuida da proteção dos menores de 18 (dezoito) anos de idade, quando não mais viável a manutenção deles na família natural. Trata-se, pois, de medida de proteção do menor, a qual tem cabida nas hipóteses do art. 98 da Lei n. 8.069/90.

A esse respeito, Venosa (2003, p. 330) expende as seguintes considerações:

Quando é discutida matéria atinente ao pátrio poder e guarda dos filhos,

divórcio, separação judicial, regulamentação de visitas etc., competente será o juiz de família para determinar a guarda dos filhos, atendendo ao que mais lhes for conveniente. Quando é discutida matéria que importe em violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, competente será o juizado especial. [...]. No entanto, o comportamento do juiz em ambas as situações deve ser o mesmo, sempre levando em consideração preponderante o interesse e o bem-estar do menor. Destarte, não se confunde a guarda deferida em processo judicial em que litigam os pais, com a regulamentação da guarda para colocação em família substituta.

Feitas essas considerações, detém-se, novamente, à guarda do Direito de Família, a qual é, amiúde, exercida pelos pais em igualdade de condições (guarda comum). Todavia, sofre ela consideráveis modificações quando vem a ocorrer o processo de separação do casal.

A partir do momento em que ele se separa ou se divorcia, o instituto sob análise toma outras proporções. Deveras, ainda que ocorra a ruptura da relação, o poder familiar mantém-se intacto, mas a guarda, que é um de seus atributos, será cindida. Tal fato permite uma distinção entre as espécies de guarda, podendo-se falar em guarda exclusiva, alternada e conjunta.

A *guarda exclusiva*, também chamada unilateral, como o próprio nome sugere, é aquela atribuída a apenas um dos pais. Ela tanto pode dar-se mediante acordo entre as partes, como também por determinação judicial, na hipótese em que ausente aquele. Num ou noutro caso, deve ser levado em consideração o princípio do melhor interesse do menor, seguindo, assim, o que estabelece o art. 1.584 do Código Civil, de acordo com o que, “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

No mesmo sentido, o magistério de Strenger (1991, p. 37) elucida:

A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio.

Nesse sistema, então, a guarda do filho cabe a um de seus genitores, enquanto ao outro é dado o direito de visitas e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos (CC, art. 1.589). Tal modelo, por vezes, pode resultar em uma série de inconvenientes, tal como o enfraquecimento dos laços afetivos entre o não guardião e a criança, e o conseqüente desinteresse por esta.

Na verdade, esse tipo de guarda vem sofrendo temperamentos, o que deu lugar a um debate, de natureza psicológica e também jurídica, sobre uma melhor forma de se dividir entre os pais as funções decorrentes do poder familiar.

De acordo com o que escreve Grisard Filho (1999, p. 438):

[...] a guarda exclusiva, uniparental, utilizada automática, invariável e tradicionalmente, é, hoje, preconceituosa, na medida em que desatende as necessidades do menor, que não dispensa a presença do pai e da mãe permanente, conjunta e ininterruptamente, em sua plena formação para a vida. O modelo de guarda exclusiva cedeu lugar a outros modos de exercício pleno da autoridade parental.

Daí por que vem se falando em outras modalidades de guarda, tais como a alternada e a conjunta, conforme acima arrolado, que não atribui a guarda dos filhos a apenas um dos genitores, mas a ambos.

A guarda *alternada*, como fácil se conclui, é aquela exercida alternadamente por um e outro dos pais (DA SILVA, 2006, p. 82). Há um revezamento, no qual os pais detêm a guarda por um período determinado de tempo. Por exemplo: uma semana na casa do pai, a outra na casa da mãe. Ela ocorre em intervalos sucessivos e predeterminados que segundo entendimento majoritário da doutrina e dos especialistas em psicologia, é prejudicial à criança. De fato, esta modalidade de guarda fere o princípio da continuidade, bem como o bem estar físico e mental da criança. (MOTTA, 1998, p. 198)

Coaduna-se do entendimento de que uma divisão rígida em termos de tempo e espaço físico da criança não é o indicado. Divisão do tipo um mês com cada um, principalmente na primeira infância, retiraria o referencial da casa originária.

Nessa perspectiva, as decisões dos tribunais brasileiros aparecem no sentido de obstar à implementação da guarda alternada, estando corroboradas nos estudos que afirmam ser prejudicial à formação da criança ficar exposta à referida guarda de dias, semanas ou meses alternados. Na inconstância de moradia pode o menor perder referenciais basilares para sua formação educacional, cultural e moral, e sofrer, conseqüentemente, prejuízo hígido.

Acerca dessa modalidade de guarda, aliás, Leite (1997, p. 260) aponta que “os riscos de instabilidade material e psicológica para a criança são tão consideráveis que, hoje, a guarda alternada é presumida contrária ao interesse do menor e esta presunção é irrefragável”.

Finalmente, quanto à guarda *conjunta*, mais conhecida como guarda *compartilhada*, é de se dizer que os operadores do direito e os profissionais da psicologia a vêm discutindo, no intuito de preservar a condição psicológica da criança após a ruptura da relação pelo casal e de distribuir da forma mais equitativa possível as atribuições do poder familiar. Ela não se confunde com a guarda alternada, dado que não compartilha necessariamente a posse, mas a responsabilidade legal pela formação da criança, o que inclui decisões acerca da

educação, saúde, segurança, lazer etc. Sobre a aludida modalidade, tratar-se-á na seqüência.

4 Aspectos jurídicos e psicológicos da guarda compartilhada

Sabemos que a guarda compartilhada já é realidade em diversos países que a elegeram para contornar um problema advindo da separação do casal, sendo portanto justificada na idéia de que o fim da relação dos pais da criança não pode prejudicar o filho, devendo dar-se de forma a minorar os danos que dela possam advir, sempre em busca, portanto, do melhor interesse do menor. Mesmo residindo em residências distintas, os pais conservam o “poder” de decidir questões importantes na vida dos filhos.

Embora ainda não haja previsão legal no Brasil, algumas decisões judiciais já contemplam esta situação, a qual tem como escopo o supremo interesse da criança, mantendo as figuras paterna e materna como co-responsáveis e em pé de igualdade no que tange às tomadas de decisões sobre direitos e deveres dos filhos menores. Nela, então, configura-se a total participação de ambos os genitores nos cuidados necessários a um bom desenvolvimento mental e ao crescimento orgânico dos filhos.

Ao tratar dessa modalidade de guarda, analisa Leite (1997, p. 271):

O pressuposto da guarda conjunta (embora a guarda suponha a presença física da criança no domicílio de um dos genitores) é o de que, apesar da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles a exerciam quando a família permanecia unida. Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos (mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro deste espírito).

Sendo assim, a guarda compartilhada atribui tanto ao pai quanto à mãe os poderes-deveres do poder familiar, conquanto apenas um deles vá deter a guarda física do filho. Com efeito, a criança passará a residir com apenas um dos genitores, ou até mesmo com um terceiro, sempre a depender de quem possuir melhores condições para proporcionar o seu desenvolvimento. A propósito, sobre a atribuição da guarda física, previne Leite (1997, p. 272) que “cada caso deve ser examinado cuidadosamente pelo juiz e as idéias estereotipadas – repetidas ao sabor dos costumes e do tempo – devem ser evitadas porque nem sempre resguardam a criança”.

Estabelecido qual dos pais deterá a guarda física da criança, fica ao outro assegurado o direito de visita, o qual se mostra bastante flexível, subordinando-se ao consenso dos pais, e podendo ser alterado com maior freqüência.

É inescapável dizer, contudo, que aquele que não restou detentor da citada guarda física participará ativamente na criação do filho, devendo as decisões relevantes sobre esta ser tomadas de maneira conjunta. Assim, como decorrência da modalidade de guarda ora em apreço, a educação da criança deverá ser fruto de decisão comungada por ambos os pais, através de constante comunicação. E não só quanto a esta, porque o controle dos bens dos filhos também dependerá de manifestações conjuntas.

Quanto à responsabilidade civil dos pais, em se tratando de guarda compartilhada, preleciona Leite (1997, p. 276-277) que, “pai e mãe, enquanto exercem conjuntamente o direito de guarda, são solidariamente responsáveis pelos danos causados pelos filhos menores que estão sob seu poder e em sua companhia”. Destarte, a responsabilidade pela reparação civil dos danos causados pelos filhos menores, quando a guarda for conjunta, será solidária entre os pais, sendo isto decorrência do que dispõe o art. 932, I, do Código Civil.

Em não havendo o consenso dos pais nas várias situações em que este é exigido, o que, aliás, parece bastante comum diante do fim da relação conjugal, que sempre provoca desgastes, tem-se a necessidade de intervenção judicial para solução do impasse, ou mesmo, para fazer nova opção pelo sistema da guarda exclusiva.

Nessa esteira, é preciso salientar que a guarda compartilhada requer, para ser instaurada com sucesso, independentemente do tom do relacionamento que os pais passaram a ter, a boa vontade deles, que devem pensar sempre no bem do filho, e não apenas em si mesmos. Isso, porém, não significa que ela sempre será medida viável, haja vista que eles realmente podem não ter condições de implementá-la.

Grisard Filho (1999, p. 443) sintetiza a questão dizendo que a guarda compartilhada “[...] é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é também bem sucedida mesmo quando o diálogo não seja bom entre as partes, **desde que essas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade**”. (grifo nosso).

Mas adverte Leite (1997, p. 289):

Sempre que um dos genitores manifestar uma lacuna de natureza moral ou psicológica, a possibilidade da guarda conjunta desaparece e abre espaço, indiscutivelmente, à guarda individual.

É melhor que a criança viva com um só genitor, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maior da criança.

Os que se manifestam contra a guarda compartilhada alegam que a criança perde a disciplina. Segundo eles:

“ O pai ou a mãe, para cativar mais o filho, acaba fazendo pequenas concessões diárias que vão alargando os limites da criança. É um sorvete a mais no passeio; é a televisão ligada até tarde, as verduras e legumes podem ser deixados no prato; vistas grossas para as faltas no colégio; passividade diante das grosserias; respostas desrespeitosas e conduta inadequada; retornos das baladas cada vez mais tarde, às vezes, bêbados...” (2006, p.18)

Entendem alguns que é mais fácil compartilhar a guarda de crianças maiores ou adolescentes, quando os pais moram próximos e mantêm bom diálogo.

Importante lembrar aqui as tentativas para a regulamentação da guarda. Em dezembro de 2006, a Comissão de Constituição e Justiça aprovou projeto que garante aos pais que não detêm a guarda, cobrar em juízo o direito de visita dos filhos, modificando o Código Civil de 2002, no caso de o detentor da guarda se recusar a dar informações ou proibir a visita. O projeto de autoria do senador César Borges (PFL-BA), foi relatado pelo senador Rodolpho Tourinho, que sugeriu duas emendas, ambas aprovadas pela Comissão. O parágrafo acrescentado objetiva garantir que, em havendo oposição injustificada da outra parte, aquele que se sentir prejudicado possa recorrer.

Segundo justifica o projeto PLS 356/04 de Cesar Borges, o vocábulo *visita* consagrou-se em nosso direito e apresenta acepção jurídica específica, não se reduzindo a um ato de cortesia, mas sim, abarcando a companhia, a comunicação, o pernoite e o exercício dos deveres e direitos advindos do poder parental, que se cultiva mesmo perante a inexistência da guarda.

No tocante à guarda compartilhada, o Projeto de Lei n. 6.350/2002, de autoria do então deputado Tilden Santiago, visa a alterar artigos do Código Civil, para prever a possibilidade de guarda compartilhada pelos pais quando da separação do casal. Se vier a ser aprovado, a guarda compartilhada passará a gozar de previsão formal.

De acordo com esse Projeto, ter-se-á a possibilidade de guarda exclusiva ou compartilhada, estabelecida por ordem judicial ou por consenso entre pai e mãe. Ausente o acordo, sempre que possível, a opção judicial será pela guarda conjunta, ficando, pois, a guarda unilateral com caráter subsidiário. Declara o relator do projeto, o senador Demóstenes Torres (PFL-GO), “*em áreas muito carentes, ou conservadoras, nem sempre é possível estabelecer uma comissão capaz de avaliar o processo.(...) O que fizemos foi dar uma configuração para que juízes pudessem determinar se é da conveniência do menor.*” (Folha S. Paulo, 23.3.2007, p.C6)

Ao comentar o projeto, respondeu a psicóloga Rosely Sayão (2006), “*As crianças hoje não têm lar, e sim casa. É até mais interessante que se formalize*

um espaço para elas na casa do pai, já que muitas não têm um canto próprio ali.”

Este projeto veio relembrar que a responsabilidade de ambos os pais não termina com a separação do casal, nem com o acordo ou decisão judicial acerca do domicílio do menor.

Conforme ditame de Grisard Filho (2006, p. 157), a guarda compartilhada mostra-se possível no direito brasileiro como forma de preservar a igualdade de direitos entre homens e mulheres, entendendo-os no contexto, como pais e mães, na manutenção do convívio familiar. A guarda uniparental, ao contrário, impede a plena convivência do filho com o não guardião, permanecendo em desalinhamento com o princípio do melhor interesse da criança, de sorte a colidir, assim, com as reais necessidades desta.

Depreende-se, outrossim, que a guarda compartilhada valoriza o papel do pai e da mãe na criação e educação de seus filhos, quando já não há mais relação conjunta entre eles.

Registre-se, por oportuno, que no ordenamento jurídico nacional, a guarda compartilhada encontra respaldo na Constituição Federal, art. 229, o qual imputa aos pais o dever de criação dos filhos menores, e isto, por óbvio, independentemente de eles viverem sob o mesmo teto. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos. 3.º e 4.º, bem como no 16, V, e 19, sustenta a adoção da guarda compartilhada. Não é demais lembrar, ainda, que o parágrafo único do artigo 1.690 do Código Civil incumbe aos pais o dever de decidir, em comum, as questões relativas aos filhos e aos seus bens.

Tendo sempre em vista o melhor interesse da criança, urgia a necessidade do trabalho interdisciplinar no âmbito do Direito de Família. Ao encontro deste ramo do Direito Civil, vieram, então, a Psicologia, a Psiquiatria e a Sociologia, todas no anseio de dirimir os impactos negativos resultantes da ruptura do convívio conjugal ou da união estável na vida dos filhos.

Frise-se que a guarda compartilhada é modalidade de guarda em que o menor não tem horários pré-determinados para ser visitado.

Com a ruptura conjugal, podem advir problemas de ordem psicológica tanto em pais como em filhos, frutos desta relação. Na busca de se minimizar os corolários desta nova situação que se apresenta é que entram em cena os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada.

É benéfico para as crianças que seu desenvolvimento abranja a participação dos pais, sendo imperioso que elas se sintam dentro da vida de ambos (pai e mãe).

Para Maldonado (2000, p. 214), embora a relação conjugal tenha terminado, a função parental continua, residindo neste enlace o papel primordial

do ajustamento familiar. Resulta claro que há necessidade de cooperação e de trabalho em conjunto por parte dos separandos.

Posto isso, cumpre assinalar que, no caso de separação conjugal litigiosa, em que existe falta de harmonia, resquícios de ressentimentos e mágoas, difícil se torna a aplicação da guarda conjunta. Nesta situação, a guarda compartilhada é contra-indicada, uma vez que a crianças poderão ser alvos de disputa dos pais em litígio.

Embora haja quem entenda que litígio não seja fator impeditivo para aplicação da guarda compartilhada, a opinião majoritária não coaduna com tal entendimento.

A relação de pais conflitantes, que não dialogam, lesa a educação proporcionada aos filhos. Consoante lição de Grisard Filho (2006, p. 194), essas famílias destroçadas devem optar pela guarda única, já que a guarda compartilhada só tem sucesso quando os pais estão dispostos a proporcionar aos filhos continuidade da relação sem exposição à luta pelo poder.

Explica Luiz Kignel que na guarda compartilhada certamente deve ter negociação, maturidade, desprendimento, abnegação, compreensão, paciência, dedicação, respeito, altruísmo, civilidade (2006, p.19)

Desse modo, é o princípio do melhor interesse do menor que deve reger a aplicação do instituto da guarda. E ao que parece, diante do que foi apresentado no presente artigo, a opção pela guarda exclusiva deve ter caráter excepcional, dando-se prevalência à guarda compartilhada, ainda que hoje destituída de previsão formal, que parece ser a que mais se coaduna com aquele postulado.

A título de ilustração, relatamos aqui um fragmento da experiência de Luanda Nera: “foi uma decisão muito madura dos meus pais, sobretudo da minha mãe, que tinha a guarda das filhas, mas preferiu abrir mão, para que eu e minha irmã, hoje com 28 anos, tivéssemos uma convivência boa e constante com o meu pai e a família dele” (2006, p.19).

Oportuno salientar que a adoção da guarda compartilhada não extingue a guarda unilateral, caso o juiz entenda que um dos pais tenha melhor condição de criar o filho. Está em consonância com o disposto nos artigos 1.631 e 1.632 do Código Civil de 2002, quando estabelecem que os poderes e deveres com os filhos devem distribuir-se igualmente entre os pais.

5 Conclusão

Importante não olvidar que na guarda compartilhada o que se divide não é a posse, mas a responsabilidade legal pela formação da criança em todos seus aspectos.

A guarda compartilhada está fundamentada no melhor interesse da criança, uma vez que os estudos fornecem parâmetros indicativos de que a convivência com ambos é salutar para seu desenvolvimento psicológico, para sua auto-estima, confiança e segurança.

Cumpra obter, todavia, que nem sempre a guarda compartilhada é a melhor solução. Como mencionado, no caso de litígio entre os pais, esta nova modalidade seria prejudicial ao desenvolvimento emocional dos filhos.

A literatura psicológica entende que a guarda compartilhada possui mais vantagens do que desvantagens para a criança a longo prazo. Além de ser implantada visando o supremo interesse da criança, oferece, também, vantagens aos pais, posto que permite as tomadas de decisões conjuntas no que concerne à criação dos filhos, o estabelecimento da continuidade na relação pais e filhos, bem como a diminuição dos problemas de ordem psicológica.

Embora hoje não esteja a guarda compartilhada prevista no Código Civil, sua previsão neste diploma está a caminho, contando ela, porém, com fundamentação jurídica clara no texto da Lei Maior. Depreende-se tal instituto também da análise do capítulo XI do Estatuto Civil, o que trata da proteção da pessoa dos filhos, de tal arte que, utilizando-se da hermenêutica, é viável considerá-la como uma possibilidade que atende ao melhor interesse da criança.

E é à luz desse princípio que se posicionou o presente artigo, com vistas a um novo tratamento em relação ao Direito de Família, incluindo os pais de forma mais ativa na relação com os filhos após a ruptura da união, uma vez que a guarda compartilhada permite a presença constante dos pais junto aos filhos e vive-versa.

A guarda compartilhada é um acordo dos pais, uma situação de fato em que os pais podem estar com os filhos sem o fantasma dos rígidos horários de visita, podendo os filhos apresentar dois endereços na escola.

Parece-nos que a guarda compartilhada é a melhor via encontrada para os casais que se separam, partilhando decisões sobre o futuro de seus filhos. Evidentemente, cada caso deverá ser analisado acatando suas características próprias, pois o importante é que a convivência seja terna, respeitosa, responsável e cercada de afeto.

Referências

BATISTA, S. N. Guarda e direito de visita. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, abr./jun. 2000.

CANEZIN, C. C. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 28, fev./mar. 2005.

110 Da guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos.

SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DINIZ, M. H. **Código civil anotado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

GRISARD FILHO, W. Guarda compartilhada. In: WAMBIER, T. A. A.; LEITE, E. de O. (Coord.). **Repertório de doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

_____. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUARDA compartilhada. **Jornal do Advogado**, São Paulo, n. 305, abr. 2006.

LEITE, E. de O. **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: Revista dos Tribunais, 1997.

MAGALHÃES, R. R. de. **Direito de família no novo código civil brasileiro**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

MALDONADO, M. T. **Casamento**: término e reconstrução. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOTTA, M. A. P. **Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. (Direito de Família e Ciências Humanas: caderno de estudos, n. 2)

PEREIRA, T. da S. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, T. da S. (coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 6, v. 2, p. 30-45, jul./set. 2000.

SAMPAIO, P. Projeto muda guarda de filhos de divorciados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 mar. 2007. Cotidiano, p. C6.

SAYÃO, R. As escolhas das crianças. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 out. 2006. Folha Equilíbrio.

SILVA, D. M. P. da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

STRENGER, G. G. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SHARED GUARDIANSHIP: JURIDICAL AND PSYCHOLOGICAL ASPECTS

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the importance of sharing child guardianship in separation cases. Such option becomes necessary for the child development, by keeping its emotional link with both parents as well as contributing to its self-esteem, confidence, and safety. This alternative also presents advantages for the parents as it allows a common decision-taking related to their children education even after marital or any other legal union dissolution.

KEYWORDS: Family; Separation; Divorce; Shared Guardianship.

Artigo recebido para publicação: 16/05/2007

Received for publication on May 16 2007

Artigo aceito para publicação: 23/06/2007

Accepted for publication on June 23 2007

Arquivos de Ciências Veterinárias e Zootecnia da Unipar

Orgão de Divulgação Científica de Ciências Veterinárias e Zootecnia da Universidade Paranaense

ISSN 1415-8167



- Publica trabalhos na área de Medicina Veterinária, Zootecnia, Zootecnia, Zootecnia
- Periodicidade: Semestral
- e-mail: arqvet@unipar.br
<http://revistas.unipar.br/veterinaria>

O CONHECIMENTO NÃO É NADA SE NÃO FOR COMPARTILHADO

