

Guarda Compartilhada

Maria Aglaé Tedesco Vilaro

*Juíza Titular da 15^a Vara de Família da Capital
Coordenadora de Direito de Família da
EMERJ*

Ao iniciarmos alguns questionamentos sobre o tema guarda compartilhada temos que pensar sobre o que leva dois adultos, maiores, capazes, responsáveis pelos seus atos e decisões e, sobretudo, civilizados, a procurarem a via judicial para a solução de um problema de sua vida privada. Diante de tais qualificações, seria natural acreditarmos que ambos discutiriam a respeito do problema, equacionando a melhor solução para todos, adultos e crianças, quanto ao cuidar, residir, amparar e dividir o convívio entre pais e filhos.

Após um relacionamento amoroso, homem e mulher encontram-se diante de uma criança que, por certo tempo, era de ambas em convívio diário e rotineiro, mas a partir de determinado momento passou a ser objeto de disputa para o convívio e a criação.

A separação do casal, genitores de uma criança, gera consequências diversas, dentre elas a escolha de quem deverá cuidar diretamente do filho e de com quem a criança deverá residir. Para o senso comum do cidadão em geral e, até mesmo de alguns advogados, juízes, defensores públicos e promotores de justiça, as crianças, nas hipóteses de separação, devem ficar sob os cuidados diretos da mãe¹. Para muitas pessoas seria um contra-senso imaginar que melhor cuidador seria o pai, pelo fato de a mãe gerar a criança e mesmo não a gerando pelo enraizamento cultural existente que diz ser a mulher talhada para o cuidado das crianças, para acalantar, acalmar e melhor amparar uma criança.

¹ Senso este que vem se modificando com a evolução dos tempos.

Este senso comum é avalizado pelas decisões judiciais, pelas ações judiciais propostas, pelos aconselhamentos aos pais que ousarem contrariar tal senso e pela doutrina dominante. Com raras exceções a criança não fica sob a guarda da mãe.

Este pequeno artigo discute os argumentos que amparam estas decisões judiciais apresentando hipótese que vai contra este senso comum doutrinariamente fundamentado. A tão propalada igualdade entre homens e mulheres, constitucionalmente garantida, é uma igualdade garantida para a questão da guarda dos filhos ou há exceções? Nos processos de guarda prevalece tal igualdade constitucional ou busca-se, com absoluta prioridade, o melhor interesse da criança para seu crescimento digno e saudável?

A separação do casal gera a necessidade de escolher qual dos cônjuges ficará responsável diretamente pelos cuidados com a criança e com quem esta deverá residir. Natural o surgimento deste conflito, pois os relacionamentos existem cercados de conflitos em razão de serem indivíduos diferentes, criados de formas diferentes e desejosos de passarem seus ensinamentos da forma como acreditam. Dificilmente haverá um relacionamento entre pai e mãe e filho sem conflitos. Estes sempre estarão rondando a rotina da família. Contudo, nem sempre estes conflitos tornar-se-ão conflitos jurisdicionais, litígios judiciais, em que terceiro, estranho àquela relação, determinará o que o casal deverá fazer e com quem a criança deverá ficar. Ora, nenhum casal deseja ver que um estranho, até mesmo um juiz qualificado para decisões desta natureza, diga o que devem fazer com o seu filho. Todavia, em determinadas situações nas quais inexiste negociação e o sofrimento surge, inclusive para a criança, a opção civilizada imposta pelo direito positivo vigente é a busca da solução por via judicial.²

Temos, então, uma ação litigiosa, na qual será discutida a guarda da criança. Alguns denominam ação de posse, guarda e responsabilidade. O objeto da ação é determinar-se a quem caberá residir

² Inúmeras vezes, partes melindradas por terem sido acionadas judicialmente externam sua insatisfação em estar na posição, ainda hoje, denominada de ré. Na maioria das vezes, a parte que ocupa o pólo passivo neste tipo de litígio é o genitor.

com o filho, quem será responsabilizado pela rotina do pequenino e quem terá, portanto, maior tempo de convívio com o mesmo. De outro lado temos o genitor que terá direito a exercer a denominada visitação na forma regulamentada processualmente, ou seja, em dias e horas fixados ou pelo juízo ou por acordo entre as partes que, em regra, fixam a “visita” em finais de semanas alternados pegando a criança no sábado, pela manhã e devolvendo-a no domingo à noite. Em outras formas de visitação um pouco mais flexíveis, o genitor visitante pega a criança na sexta-feira no fim da tarde e entrega no domingo, ao fim do dia, na residência do guardião. Algumas vezes poderá entregar a criança na escola na segunda-feira pela manhã e, em outras, terá direito de pegar a criança em um dia no meio da semana, normalmente quarta-feira após a aula devolvendo após o jantar ou no dia seguinte na escola. Depois vem a fixação do direito do “visitante” aos feriados e dias festivos no decorrer do ano; aniversário dos pais e da criança; férias escolares; aniversários dos primos, avós, enfim, todas as oportunidades em que a família deseja estar reunida.

Ao final de um mês o que ocorre, ordinariamente, é a convivência da criança com o pai por cerca de 4 dias com 2 pernites (ou no máximo 8 dias quando ampla a visitação) e com a mãe os demais 26 dias do mês (ou 22 dias na visitação paterna ampliada).

Observe-se que a ação de guarda tem como objeto a determinação de quem será o guardião da criança, cabendo a regulamentação da visita em ação própria. Com certeza o juiz, atento ao melhor interesse da criança, poderá fixar no pedido de guarda as regras para um mínimo convívio da criança com o outro genitor não guardião sem estar incorrendo em julgamento **extra petita**.

A lei civil é clara ao deixar aos pais o direito de acordarem sobre a guarda dos filhos, conforme art.1.583 do Código Civil, mas na hipótese de não haver acordo, a guarda será atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la”, podendo, até mesmo, ser concedida a terceiro, caso os pais não tenham condições de exercer a guarda, conforme art.1.584 e parágrafo único do Código Civil. A “visitação” vem garantida pelo art.1.589, assegurado expressamente o direito de fiscalização à manutenção e educação da criança.

Passemos a dissertar sobre a separação do casal com filhos e o poder familiar de cada um nestas circunstâncias. Cabe lembrar que ambos os pais possuem poder familiar sobre seus filhos, significando que possuem autoridade parental, poder para decidir sobre a vida deles, efetivando escolhas, sobretudo tendo a responsabilidade, o dever de lhes dar proteção e amparo material, moral e espiritual. Somente será exercido com exclusividade por um dos genitores, na falta ou impedimento do outro³; entretanto, em havendo divergência entre os pais quanto ao exercício deste poder, ambos poderão recorrer ao juiz para solucionar o desacordo. Mais uma vez o conflito vira ação judicial litigiosa.

De grande importância é a norma expressa de que a separação dos genitores não altera as relações entre pais e filhos, ressaltando quanto ao direito dos pais de terem os filhos em sua companhia. Assim, pode-se concluir que o poder familiar permanece com cada um dos genitores, embora separados, e um deles terá a responsabilidade de ter o filho residindo em sua casa, embora o outro tenha a criança em sua companhia, na sua residência, por alguns dias ao mês⁴. Repita-se, a separação do pai e da mãe não tem o condão de modificar os direitos e os deveres legais de cada pai e de cada mãe em relação ao seu filho, apenas alterando o direito do pai e da mãe quanto à companhia do filho gerado daquela união. Esta alteração ocorre exatamente em razão da concessão da guarda para um e a concessão da “visitação” para outro.

O ordenamento constitucional ao tratar da Ordem Social dedica um capítulo à Família, criança e adolescente especificando, em seu artigo 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Não faz qualquer distinção quanto aos pais que vivam juntos ou não. Este dever existe enquanto os filhos forem menores de idade e deve ser exercido sob pena de sanções diversas.

³ Determinação expressa do art. 1.631 do Código Civil.

⁴ Art. 1.632 do Código Civil – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Art. 1.579 do Código Civil – O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Mas, afinal, o que representa o exercício do poder familiar? Trata-se de um poder conferido aos pais de dirigir a criação e a educação dos filhos determinando os rumos a serem tomados, escolhendo a melhor forma de educá-los de dar-lhes liberdade e conferir limites; tê-los sob sua companhia e guarda, morando juntos (ou não) e passando a maior parte do tempo juntos⁵. Também, aos genitores cabe decidir se autorizam os filhos com menos de 18 anos de idade a se casarem; indicar um tutor para os filhos menores para o caso falecimento precoce; além de exercer a representação ou assistência⁶ dos filhos; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, podendo fazer uso da ação cautelar de busca e apreensão de menores; exigir obediência, respeito, serviços próprios de sua idade e condição, no sentido de que formem sua personalidade e moral.

Não há qualquer previsão de suspensão ou perda do poder familiar em decorrência exclusiva da separação do casal, conforme disposto nos artigos 1.635 a 1.638 do Código Civil. A lei estipula as hipóteses de extinção e suspensão deste poder expressamente. O casal se separa, mas a relação de filiação, segundo a lei, permanece como antes, ressaltando-se o anteriormente destacado quanto à companhia entre pais e filhos.⁷ Abandonou o legislador o pensamento de que o “mau cônjuge” não poderia ser um bom pai ou uma boa mãe.

Depreende-se que, diante da separação dos genitores, a família transforma-se em uma família de pais separados e os desajustes ocorridos, embora possam dissolver a família, poderiam tão-somente transmutá-la.

⁵ Naturalmente, com as ocupações profissionais de ambos os pais, a criança tende a passar longos períodos do dia numa creche ou na companhia de um parente, além de, na idade escolar, freqüentar escola e outras atividades extraclasses.

⁶ A representação ocorre para os filhos até dezesseis anos de idade, para os atos da vida civil e a assistência, entre dezesseis e dezoito anos, nos atos em que forem partes.

⁷ Historicamente lembre-se de que no código civil de 1916 havia o art.326 determinando que sendo o “desquite judicial” os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente. Os parágrafos deste artigo diziam que se ambos fossem culpados a mãe ficaria com as filhas até a maioridade e os filhos até seis anos de idade quando então seriam entregues à guarda do pai. Em ambas as hipóteses poderia o juiz, a bem dos filhos, regular a situação de forma diferente. Em caso de anulação do casamento as mesmas regras eram seguidas. Os artigos foram revogados expressamente pela Lei 6.515/77.

A família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, sendo defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. A família é protegida e cada um de seus membros é protegido em sua individualidade e sua personalidade. Hoje são admitidas como entidade familiar as uniões estáveis e as famílias monoparentais. Ao Estado cabe proteger tais entidades familiares, sem interferir naquela comunhão de vida. Ocorre que, em alguns casos, há que se buscar no Estado-Juiz a solução ao litígio que surge.

Para as hipóteses de guarda temos a guarda exclusiva de um dos genitores ou alternativamente entre ambos e a denominada guarda compartilhada ou conjunta. Na primeira hipótese, a guarda permanece com aquele que melhor se apresentar aos interesses da criança, podendo a criança ser ouvida pelo juiz. Há que se ter cautela para não impor uma responsabilidade maior sobre a criança ao ter que manifestar em juízo com qual dos pais gostaria de residir, pois a criança pode sentir-se culpada por escolher um genitor em detrimento de outro, conforme salienta BRITO (2004)⁸, ou escolher aquele que estiver com mais pena.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, dispõe em seu art.21 sobre o exercício do poder familiar em igualdade de condições entre os pais e, no caso de discordância, possibilita o recurso à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Esta possibilidade não é apenas para pais que vivam juntos, mas, também, para os que vivam separados. Da mesma forma prevê o art.1.631, parágrafo único do Código Civil.

Quanto à proteção da pessoa dos filhos, o Código Civil concede aos cônjuges o direito de acordarem sobre a guarda dos mesmos, no caso de separação ou divórcio, conforme já mencionado anteriormente. Caso não haja acordo, a guarda será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la⁹. Contudo, autoriza que o juiz, havendo motivos graves, a bem dos filhos e em qualquer

⁸ Leila Maria Torraca de Brito - **Guarda Conjunta: Conceitos, Preconceitos e Prática no Consenso e no Litígio.**

⁹ Artigos 1.583 e 1.584 do CC.

caso, regule, de maneira diferente, a situação dos filhos para com os pais, a teor do art.1.586 do CC¹⁰.

Diante desta norma, pode o juiz determinar que o filho permaneça sobre a guarda conjunta de ambos os pais para que continuem no exercício pleno do poder familiar e tenham a convivência ampla, embora partilhada com o outro genitor. Nesta oportunidade, deverá o juiz regulamentar de que forma ocorrerá este convívio observando os horários da escola da criança e de suas diversas atividades, fixando os horários de convívio com cada um dos genitores, além dos pernoites. Poderá determinar os dias em que a criança ficará na casa da mãe e os dias em que ficará na residência paterna. Nada obsta a fixação da residência junto a um dos genitores e determinação dos dias em que o outro genitor manterá o convívio direto com seu filho.

Na guarda alternada a criança poderá residir dias alternados com cada um dos genitores. A alternância poderá ser semanal, mensal ou como os pais acharem melhor, desde que não prejudique o sadio desenvolvimento da criança. Nos dias de hoje, a criança freqüenta a creche ou escola em meio turno ou período integral, muitas vezes vai à noite para a casa da avó ou algum parente, fica alguns dias na casa do pai e outros na casa da mãe, ou seja, há grande flexibilização quanto ao lugar em que passará o dia e em que pernoitará. Isso não significa que não terá a referência quanto a sua moradia, mas esta poderá ser mais de uma. O acompanhamento psicológico no período inicial é recomendável para que se possa atender às peculiaridades de cada criança e reverter situações que causem constrangimento à criança ou a deixe desconfortável.

Observe-se que a alternância das residências não corresponde exatamente à guarda compartilhada. Nessa, o que se busca é uma maior participação de ambos os genitores no cumprimento de seus deveres de pais, com aumento da responsabilização de cada um sem que se deixe somente ao encargo de um deles toda a difícil

¹⁰ Art. 1.586 do Código Civil – Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

tarefa da criação e da tomada de decisões importantes na vida do filho. Busca-se como consequência o aumento da auto-estima dos genitores e do desejo de participar e de opinar nas decisões referentes à criança. A mera alternância da residência do filho sem a qualificação de guardião coloca um abismo entre os genitores, diferenciando-o quanto aos poderes e deveres que cada um possui. Faz surgir uma diferença que a lei não autoriza. Inclusive é possível a concessão da guarda compartilhada determinando-se uma residência fixa para a criança com um dos genitores ao lado de ampla visitação ao outro genitor.

Não se propõe a observância da igualdade constitucional de gêneros como primeira regra, mas a da proteção integral à criança, porém, é do próprio interesse da criança que tenha protegido o seu convívio amplo com ambos os genitores. Não cabe a desqualificação do pai quanto aos cuidados com seu filho pelo fato de ser do sexo masculino.

Inadequada a expressão “visitação” utilizada pelo Código, pois o seu conceito traz enorme carga de ausência de responsabilidade. Deveria ser substituída por outra mais apropriada como “convívio”, por exemplo.

Por fim, no tocante às decisões judiciais que deferem a guarda compartilhada, somente quando há harmonia entre o casal, cabe lembrar que as divergências ocorrem também entre pais casados ou que vivam em união estável e que ambos terão direito de opinar e participar das escolhas relacionadas aos filhos. Quando os pais não conseguem conciliar as suas idéias e opiniões, cabível o recurso ao juiz para solução do desacordo. O mesmo princípio deve ser aplicado aos pais separados. Ao juiz caberá a decisão. Portanto, não há empecilhos para que o juiz determine a guarda compartilhada quando os pais não estão em plena harmonia, sempre com o embasamento legal do art.1.586 do Código Civil, atendendo-se ao melhor interesse do filho quanto ao seu direito personalíssimo de ter reconhecida a sua filiação, não só no registro de nascimento, mas no seu pleno desenvolvimento afetivo e psicológico.☐