

NOTAS SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Helke Léa de Oliveira Prósperi¹

RESUMO : Este artigo científico teve como objetivo estudar uma área do Direito de Família que é a Guarda Compartilhada, como sendo um novo enfoque de atendimento aos casais separados ou divorciados, bem como a seus filhos. Para tanto, buscamos fazer uma ampla pesquisa bibliográfica sobre o assunto, bem como a coleta de informações sobre a matéria. Os conceitos-chave estudados foram guarda compartilhada, e mediação; dentro daquilo que está sendo utilizado nos casos de separação ou divórcio para melhor atender aos ex-cônjuges e a seus filhos.

A Guarda compartilhada vem sendo sugerida por parte daqueles que detém o trato da guarda dos filhos, embora nem sempre possa ser praticada pela ausência de consenso. Não obstante os números de adeptos, é mais crescente diante de preocupação de dar tratamento mais condizente à proteção dos filhos. Contemporânea ao Instituto da Mediação, tem amplo respaldo no Estatuto da Criança e Adolescente, porque privilegia os interesses das crianças e dos adolescentes, como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento. Para melhor aplicação do modelo, sugere-se a utilização de mediação, de molde a possibilitar a realização de acordos, que contem com a participação direta de ambos os separados. Incentiva-se a interdisciplinaridade com a troca entre várias disciplinas, que pode, deve, e já vem sendo praticada nas Varas de Família, pelo enfoque que a complexidade das relações Humanas melhor pode ser entendida, com a contribuição das ciências correlatas.

¹ Aluna do Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Fundação Aprender – Varginha, em convênio com o Centro Universitário Newton Paiva.

A família é o primeiro núcleo onde a criança é inserida ao nascer e, para ela, não existe diferenciação entre pais.

No início do século passado, era atributo do pai deter a guarda e o Pátrio Poder dos filhos, enquanto a mãe se submetia às suas determinações, e assim o era porque até meados daquele século a mulher era relativamente capaz em nosso país, inibida por força da Lei de dividir as responsabilidades inerentes ao Pátrio Poder, à guarda dos filhos, assim como aos deveres e direitos inerentes à sociedade conjugal.

Com a era moderna, e o advento da plena capacidade, passou a ser aquela que era destinada à guarda dos filhos por ocasiões das separações, resalvando-se poucas exceções. O pai, sentindo-se desvalorizado pela sociedade, passou a se afastar do convívio com os filhos. Com isso, a divisão entre o pai, com a incumbência de prover as necessidades materiais da família, e a mulher de cuidar da casa e dos filhos, se acentuou nos casais separados acarretando variados efeitos sobre a família, isto porque a grande maioria dos filhos são destinados a guarda materna, cabendo ao pai o dever de prestar alimentos.

A ruptura cria uma nova estrutura e a responsabilidade parental se concentra em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. Uma ruptura brusca da união familiar, ignorando os necessários cuidados em preservar as crianças do trauma da separação, pode acarretar-lhes no futuro conseqüências tanto no desenvolvimento psicológico, como na formação da própria personalidade.

Evidente, que o rompimento da relação conjugal acarreta danos e prejuízos a todos os partícipes da relação. No entanto, a condição do filho, cidadão do amanhã deve ser sempre colocada em relevo, uma vez que a proteção da criança é algo que tem que ser preservada e resguardada por todos.

Chamo a atenção para o compromisso social que todos nós, operadores do direito e profissionais ligados à área de família temos, uma vez que é enorme a responsabilidade que repousa sobre os nossos ombros ao defendermos, opinarmos ou decidirmos um caso, com vistas, acima de tudo, ao real interesse da criança.

Assim, a quebra do vínculo conjugal pode ameaçar essa base forte e segura na formação da personalidade da criança que começa a surgir. Tendo em vista toda essa situação e problemática vivida pela sociedade, a tendência moderna está caminhando na busca de novas fórmulas, capazes de minimizarem os impactos negativos e marcantes provenientes dos conflitos oriundos das rupturas familiares, uma vez que o sentimento de desamparo, medo e incertezas provenientes da desunião são sentimentos que de uma forma ou de outra surgirão.

Neste diapasão, torna-se imprescindível privilegiar o convívio do filho com seus dois genitores, sem esquecer dos avós que, a exemplo das crianças, são igualmente penalizados pelas mazelas do casal que se separa.

Analisando esses efeitos negativos, tem surgido ao longo dos anos e agora firmado com o Novo Código Civil uma espécie de Guarda que já é usada em outros países que é a Guarda Compartilhada : uma modalidade de guarda na qual ambos os genitores têm a responsabilidade legal sobre os filhos menores e compartilham, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, todas as decisões importantes relativas a eles, embora vivam em lares separados.

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelo Estado, para proteção integral dos menores.

Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreçam a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procura-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição eqüitativa da autoridade parental. A guarda “exclusiva”, “única” cede lugar as novas modalidades de guarda *alternada*, *dividida*, e finalmente *compartilhada* ou *conjunta*.

A guarda compartilhada de forma notável, favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a idéia de posse.

Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole.

Não resta dúvida que a continuidade da relação da criança com seus genitores acaba por manter de forma mais normal e equilibrada o estado emocional e psicológico do filho.

Esse novo modelo de guarda, mostra-se lícito e perfeitamente possível em nosso Direito. O que se busca com guarda compartilhada além, é claro, da proteção dos filhos, é minimizar os traumas e demais conseqüências negativas que a separação possa provocar. Com a guarda compartilhada almeja-se através do consenso entre os cônjuges separados, a conservação dos mesmos laços que uniam os pais e filhos antes da separação buscando-se um maior equilíbrio e harmonia na mente daqueles que são os destinatários dessa solução.

O Conceito de Guarda Compartilhada está ancorado no texto do art. 229, da Constituição Federal, que impõe *aos pais* o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar.

Sendo assim, torna-se a guarda compartilhada o modelo ideal para os nossos dias, proclamando-se a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e impondo aos pais obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados por seus dois pais. A falência da relação conjugal bem como a ruptura dessa sociedade não precisa, necessariamente, vir acompanhada de frustração e incompatibilidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente confirma o preceito maior ao incumbir *aos pais* o dever de sustento, guarda e educação de seus filhos, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores.

A doutrina brasileira sempre proclamou que o que realmente importa na decisão sobre guarda de filhos menores é o superior interesse destes,

preponderantemente sobre eventuais direitos que se arroguem os pais, proclamação esta que encontra eco em vetusta jurisprudência.

Ao disciplinar o poder familiar, o novo Código Civil manteve o mesmo conteúdo do anterior, com pequenas modificações na redação de alguns dispositivos. A alteração mais significativa ficou por conta da separação tópica entre a disciplina do exercício do poder familiar quanto à pessoa dos filhos menores (Seção II do Capítulo V, do Título I – Do Direito Pessoal; art. 1.634) e a do exercício do poder familiar quanto aos bens de filhos menores (Subtítulo II, do Título II – Do Direito Patrimonial; arts. 1.689 a 1.693).

Embora topograficamente em territórios distintos – direito pessoal de família e direito patrimonial de família, a matéria continua sendo relativa ao exercício do poder familiar, ônus que ao pai e a mãe incumbem em virtude da parentalidade, no interesse dos filhos.

Outra lição não se extrai do parágrafo único do art. 1.690, que atribui *aos pais* decidirem *em comum* as questões relativas aos *filhos* e as questões relativas a seus *bens*, como efeito da conjunção aditiva que une as duas orações. Assim, compete aos pais decidirem em comum as questões relativas a pessoa dos filhos (criação, educação, companhia e guarda, autorização para casar, representação e assistência) e também, decidirem em comum as questões relativas aos bens de filhos (usufruto e administração).

É, pois, dever jurídico comum dos pais, encargo que a lei lhes atribui, decidirem sobre a vida e o patrimônio de seus filhos, tanto durante como depois da separação, cabendo ao juiz cobrar-lhes o exercício do múnus desta forma, compartilhadamente. Estas ponderações são suficientes para identificar no plano

técnico-jurídico nacional, a existência de dispositivos que autorizam a aplicação do modelo compartilhado quando se cogita de determinar sobre a guarda de filhos menores.

Eis aí o fundamento normativo da guarda compartilhada no novo Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Silvio Neves. *Guarda e direito de visita*. São Paulo: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 5, p. 36-49, abr./jun. 2000.

BELCHOR, Maria Denise Cambraia de Souza. *Imputabilidade do menor no direito penal*. Brasília: *Revista Consulex*, nº 40, p. 45, abr. 2000.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

CHAVES, Antonio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2.ed. São Paulo: Forense, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada – um novo modelo de responsabilidade parental*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Caio Mário Pereira. *Instituições de direito privado*. vol. V, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A guarda conjunta de menores no direito brasileiro*.

Ajuris .86.

NETTO LÕBO, Paulo Luiz. *Do poder familiar*. In: Direito de família e o novo Código Civil. DIAS, Maria Berenice Dias; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.