

**GUARDA
COMPARTILHADA**

O instituto da guarda compartilhada foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Tal diploma legal passou a vigor a partir de agosto de 2008 e alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 integrantes do Capítulo XI, do Livro IV, do Código Civil que traz em seu conteúdo os dispositivos referentes ao Direito de Família, responsáveis pelo regramento da Proteção da Pessoa dos Filhos.

A partir da Lei nº 11.698/2008, a nova redação do artigo 1.583 passou a fazer menção expressa à modalidade da guarda compartilhada, o que não ocorria anteriormente. A Lei em questão acrescentou, ainda, ao texto do Código Civil referente à guarda de filhos, as definições de guarda unilateral e guarda compartilhada. A seguir o exato teor de tais dispositivos:

“Art. 1583 – 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. 1584, § 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.”

A guarda compartilhada frequentemente tem sido confundida com outros modelos de guarda, como a dividida e, principalmente, com a guarda alternada. Entretanto, tais modalidades possuem características muito diferentes.

No princípio, a falta de conhecimento adequado sobre as particularidades da guarda compartilhada e de outras modalidades de guarda não exclusiva causou certa rejeição por parte da sociedade e de alguns operadores do Direito em relação ao modelo de guarda recém positivado.

Com o intuito de melhor esclarecer acerca de tais distinções, vale registrar o precioso ensinamento do ilustre doutrinador em Direito de Família e Vice-Presidente do IBDFAM-PR, Dr. WALDYR GRISARD FILHO: “Na guarda alternada, 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. Na guarda compartilhada, o exercício da autoridade parental é conjunto, igualitário, possibilitando uma adequada convivência entre os filhos e ambos os pais.”

O advento da Lei nº 11.698/2008 satisfez especialistas, estudiosos e doutrinadores do Direito de Família, que há muito clamavam pela legalização da guarda compartilhada.

Entretanto, após mais de um ano da vigência do instituto, a jurisprudência ainda tem apresentado resistência na aplicação desta modalidade de guarda. O principal argumento utilizado pelos magistrados para negar a aplicação da guarda compartilhada em suas decisões tem sido a existência de litígio entre os pais da criança.

Neste sentido, vale citar a argumentação da Desembargadora MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA, desta Corte de Justiça, em seu acórdão referente à Apelação Cível nº 11453/2009: “A acirrada litigiosidade entre os pais dos menores se contrapõe ao alegado regime de guarda compartilhada, modalidade esta que exige um mínimo de consenso para definir o destino dos filhos.”

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, consigna-se o voto do Desembargador SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, na Apelação Cível nº 70027066711/2008, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Para que a guarda compartilhada seja possível e

proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida.”

Em sentido contrário, posiciona-se a Prof. e Doutora em Psicologia – PUC/RJ, LEILA MARIA TORRACA DE BRITO, para quem a guarda compartilhada deve ser estimulada, mesmo quando houver litígio entre o ex-casal, “até porque, muitos litígios acontecem em razão da contrariedade de os pais serem colocados como visitantes.” Em seguida, acrescenta: “Conclui-se que a exigência de um bom relacionamento entre os pais para aplicação da guarda conjunta, ou, ainda, a ideia da necessidade de um comando único remonta a um ideal de conjugalidade que não mais faz parte do nosso contexto. Agora, a isonomia reconhecida entre o pai e mãe aponta para a igualdade de direitos, mas reconhece, ou permite, que a diferença entre dois sujeitos distintos, singulares, seja evocada.”

Na opinião do Dr. WALDYR GRISARD FILHO, a guarda compartilhada deverá ser aplicada mesmo nos casos em que a separação dos pais acabe em litígio, sob pena de tornar o instituto sem efetividade: “A questão acesa na doutrina é a priorização da guarda compartilhada nos casos de desacordo entre os pais quanto à guarda dos filhos, transferindo ao juiz a prerrogativa da escolha do modelo. Nesse caso deverá ser aplicada a guarda compartilhada, tendo como referência as necessidades específicas dos filhos, ou seja, o melhor interesse da criança. A nova regra deverá ser adotada, sobretudo, quando as separações acabam em litígio e inexistente um acordo significativo a respeito da coparticipação de ambos os pais nos cuidados de criação e educação dos filhos. Não havendo acordo, não deve a escolha do modelo ficar à mercê da potestade do genitor contestador como detentor de um poder de veto de que não dispõe, sob pena de tornar o instituto vazio de efetividade. A expressão ‘sempre que possível’ intercalada no § 2º do art. 1.584 do CC, observados os critérios objetivamente relacionados no § 2º do art. 1.583, dá o conteúdo necessário para retirar os filhos das disputas e dos problemas da separação dos pais.”

Vale ainda mencionar que o ramo do Direito de Família vem atravessando um período de grande efervescência, tendo em vista a necessidade de se adequar às inúmeras, rápidas e profundas transformações pelas quais vem passando a sociedade, principalmente nas últimas cinco décadas.

Dentre estas mutações merece destaque, por estar diretamente relacionada ao surgimento da guarda compartilhada, a inserção maciça das mulheres no mercado profissional. Tal fenômeno repercutiu profundamente no papel desempenhado não só pelas mulheres, mas também pelos homens dentro do núcleo familiar. Ao conquistar a liberdade e ingressar no mercado de trabalho, a mulher deixou de ser a única responsável pela administração do lar e pelo cuidado e educação dos filhos, abrindo espaço para que o homem também desempenhasse essas funções. Desta forma, muitos homens passaram a apreciar este novo modelo de paternidade, que permitiu a eles uma maior participação na criação dos filhos, uma maior convivência, contribuindo assim para o fortalecimento do vínculo afetivo entre pais e filhos. Diante deste atual panorama social, tem sido cada vez mais frequente o interesse masculino pela obtenção da guarda dos filhos. Em contrapartida, o preconceito de juízes tem diminuído, gerando um aumento no número de guardas concedidas aos homens pela Justiça. A última pesquisa do IBGE mostra que esse índice cresceu cerca de 70%.

Trata-se de uma transição de dimensão mundial, merecendo destaque o fato de que o exercício unilateral do poder familiar já é uma exceção em todo o mundo.

São inúmeros os doutrinadores de Direito de Família defensores do instituto da guarda compartilhada, vez que, de acordo com tais posicionamentos essa modalidade de guarda é a que melhor atende aos princípios e regras constitucionais que devem nortear a resolução dos conflitos familiares.

Ainda neste contexto, é importante enfatizar que com a Constituição Federal de 1988 o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil atingiu seu ápice, fazendo com que os

princípios, atualmente, ocupem posição de destaque no sistema das fontes de direito. A respeito dessa transformação, ensina a Professora e Presidente do IBDFAM-PE, Dr^a. FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE: “A inversão deve-se ao fato da reconhecida insuficiência da lei para realizar os anseios sociais, ao passo que os princípios, dada sua natureza fluida, permitem seu preenchimento e servem de instrumentos concretizadores dos valores supremos intrínsecos à sociedade em determinado contexto, quer dizer, os princípios radiografam os fundamentos da ordem jurídica.”

Com efeito, os seguintes princípios e regras estabelecidos pela Constituição da República de 1988, norteadores do Direito de Família e, conseqüentemente, do instituto da guarda compartilhada, merecem ser destacados: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); princípio da solidariedade (art. 3º, I); princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres (art. 5º, I); direito à convivência familiar da criança e do adolescente (art. 227); princípio da solidariedade familiar (art. 229).

Outro princípio que, embora não se encontre previsto expressamente em nossa Carta Magna, possui *status* de Emenda Constitucional por força do § 3º do art. 5º da CRFB/88 é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Tal princípio encontra previsão expressa no art. 9º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 e promulgada através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

A guarda compartilhada através da responsabilização conjunta de pai e mãe, preserva a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), considerado como um dos princípios fundamentais da República, bem como respeita o direito fundamental de igualdade entre homens e mulheres no que se refere a direitos e obrigações (art. 5º, I).

Neste sentido, vale citar, mais uma vez, o ilustre doutrinador de Direito de Família, Dr. WALDYR GRISARD FILHO:

“A guarda a cargo de um só dos pais importa em desmerecimento ao princípio da igualdade entre o homem e a mulher e vulnera o direito dos filhos de serem cuidados e educados por ambos os pais.”

Outro aspecto positivo exaltado por especialistas do Direito de Família e defensores da guarda compartilhada diz respeito ao fato de que a aplicação de tal instituto impede a ocorrência de dois graves fenômenos que acometem com muita frequência as crianças e adolescentes submetidos ao modelo de guarda unilateral, que são: a alienação parental e o abandono moral/afetivo do genitor não guardião.

A expressão Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi criada pelo psiquiatra americano RICHARD A. GARDNER que a definiu como: “...um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a ‘lavagem cerebral, programação, doutrinação’) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade não é aplicável.”

Ainda sobre este tema, deve-se trazer à colação a contribuição da Dr^a. GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA e do Dr. GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO para quem a SAP desrespeita fundamentos e regras constitucionais: “...ao afetar o direito à convivência familiar por meio da opressão e da violência psíquica, a síndrome da alienação parental macula a dignidade humana também por afetar a identidade pessoal da criança.”

Quanto ao abandono moral/afetivo, as regras de experiência comum demonstram que, na maioria das vezes, as particularidades do modelo de guarda unilateral provocam um enfraquecimento do vínculo afetivo entre o pai que não permaneceu com a guarda e seus filhos. Ao relegar

um dos genitores a um papel de coadjuvante nos cuidados e educação da prole, com a fixação de datas e horários rígidos de visitação, tal modelo de guarda dificulta a manutenção da convivência entre o pai não guardião e seus filhos, gerando um relacionamento superficial que acaba ocasionando um gradual afastamento entre eles. Tais fatores, somados ao trauma da separação, dificuldade de relacionamento com o ex-cônjuge, fragilidade emocional e falta de maturidade culminam no abandono moral/afetivo dos filhos.

Digno de nota é uma nova ferramenta utilizada na busca de solução para conflitos familiares, trata-se da mediação, que ao ser aplicada na seara de família é assim definida por DANIELE GANÂNCIA: “Mediação familiar é o lugar da palavra em que as partes numa face a face, sem outra testemunha, poderão verbalizar o conflito e assim tomar consciência de seu mecanismo e do que está em jogo. É também um lugar de expressão das emoções que têm tão pouco tempo e lugar na Justiça.” Para, mais adiante, conclui: “A mediação é, assim, um trabalho sobre o reconhecimento e a reabilitação do outro, um lugar de alteridade e de respeito mútuo reencontrado: ela opera então um fenômeno de “conversão” dos estados de espírito: ao escutar as vivências e os sofrimentos do outro, a raiva decai, a confiança tem possibilidade de ser restaurada”.

Necessário se faz ressaltar que a separação de um casal não põe fim a uma família, mas sim que as partes envolvidas passarão a ter suas funções redefinidas a partir do episódio, haverá uma nova maneira de administrar os interesses dos filhos e a assistência dada a eles. A mediação proporciona que o casal entenda o que está por trás das questões discutidas, e assim proporciona um enfoque mais abrangente das situações, podendo levar a uma alternativa mais saudável do que muitas vezes aquela alcançada por uma longa batalha judicial.

Outrossim, é útil também que se faça a distinção entre conciliação e mediação, pois no primeiro caso poderá haver uma apreciação do mérito da questão, enquanto na mediação – não se adentra na seara jurídica, nesta o mediador exerce o *munus* público ao ajudar os interessados a compor uma disputa, ele é um facilitador que enxergará a questão sob um ângulo tal, que permitirá às partes uma visão ampliada de toda a situação, e, por consequência dos interesses e controvérsias envolvidos.

Entende-se hoje que a mediação é um dos melhores caminhos para se obter a solução amigável de um conflito, e, muitas vezes evitar uma ida ao judiciário. Neste procedimento os interessados são resguardados pela confidencialidade, o que pode fazer com que se crie um ambiente de confiança e assim uma maior abertura para uma solução mais favorável e que atenda melhor aos interesses dos envolvidos.

Apesar das inúmeras vantagens, no que diz respeito à concretização dos princípios constitucionais que regem as questões relativas ao direito de família, mesmo após sua positivação, a guarda compartilhada ainda tem encontrado dificuldades na sua aplicação. Tal fato justifica-se, dentre outros fatores, pela natural complexidade das relações familiares, principalmente no doloroso momento da separação, onde, infelizmente, sentimentos como raiva, mágoa e tristeza muitas vezes impedem que os pais priorizem as necessidades de seus filhos e, portanto, cumpram com seus deveres legais de proteção, educação e assistência material, moral e afetiva.

Entretanto, é imprescindível que não se perca de vista que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes devem ser sempre priorizados não só pela família, mas também pela sociedade e pelo Estado. Desta forma, é necessário que o direito de família, sempre que necessário, se utilize de outras ciências, tais como a psicologia, a psiquiatria e a assistência social para que os adultos sejam apoiados e assim sejam capazes de desempenhar a autoridade parental a contento, garantindo assim o desenvolvimento físico, mental, psicológico, moral e espiritual de seus filhos.

A seguir, elencamos alguns acórdãos pertinentes ao tema:

Supremo Tribunal Federal:

Sentença Estrangeira Contestada 7.218-2/2003 – Min. Nelson Jobim

Superior Tribunal de Justiça:

Sentença Estrangeira 1554/2005 – Ministro Barros Monteiro

Agravo de Instrumento 807.793/2006 – Ministro Sidnei Beneti

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Agravo de Instrumento 2380/2009 – Des. Alexandre Freitas Câmara

Agravo de Instrumento 34058/2009 – Des. Camilo Ribeiro Rulière

Apelação Cível 1309/2009 – Des^a. Teresa de Andrade Castro Neves

Apelação Cível 30015/2008 – Des. Nametala Machado Jorge

Apelação Cível 14725/2009 – Des^a. Cristina Tereza Gaulia

Apelação Cível 11453/2009 – Des^a. Mônica Tolledo de Oliveira

Apelação Cível 12762/2006 – Des. Henrique de Andrade Figueira

Apelação Cível 00087/2005 – Des. Cláudio de Melo Tavares

Apelação Cível 05861/2004 – Des. Nascimento Póvoas