

GUARDA COMPARTILHADA

1. INTRODUÇÃO: EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família brasileira, por mais de quinhentos anos, teve uma única estruturação legítima: a do casamento civil e indissolúvel. Toda a sociedade se formou tendo como centro a relação heterossexual patriarcal, cabendo ao homem o posto de "chefe" da família, responsável pelo seu sustento. À mulher reservava-se o dever de colaborar com o marido, cuidando e zelando de toda infra-estrutura doméstica.

Apenas aos filhos legítimos era assegurado o registro de sua dupla raiz parental; aos espúrios, coitados, era negado o mais elementar direito de cidadania, consagrador da dignidade humana, de ter reconhecida sua origem paterna no registro.

Com o fim da escravidão, o posto anterior ocupado por mucamas, no contexto social e cultural do patriarcalismo, o "chefe" de família, titular do então chamado "pátrio poder", delegou para a mulher o posto de "educadora" da prole.

Há trinta anos, com a Lei 6.515 de 26/12/1977, a legislação brasileira tornou dissolúvel o casamento civil pelo divórcio, distanciando-se da estrutura patriarcal ao dispor pela preferência da guarda materna em caso de separação dos genitores.

Passados onze anos da introdução do divórcio, com a Constituição da República, promulgada em 5/10/1988, o sistema jurídico-legal pátrio sofreu transformação mais profunda, por certo ainda não absorvida em sua integralidade, tamanha a sua dimensão. A proteção familiar, antes reservada somente aos casados civilmente, estendeu-se às formatações múltiplas, plurais, diversas. Os contornos familiares foram redimensionados dentro de princípios como a liberdade, a democracia, a dignidade humana, a igualdade, o afeto e cooperação mútuos. O ser humano tornou-se o elemento central de todas as atenções e proteções constitucionais, garantindo-lhe a eterna busca pela eudemonia.

Foram adotadas várias medidas para amenizar o alarmante número estimado no equivalente a 1/3 de brasileiros com a paternidade desconhecida.

Consolidando os reflexos das mudanças constitucionais, mais recentemente, em 11/1/2002, foi promulgado um novo Código Civil.

Adaptando-se às novas situações e adequando-se às exigências sociais, a família múltipla ganhou proteção em todas as suas redimensões e arranjos constituídos. A isonomia e a igualdade de direitos e deveres na relação afetiva entre homem e mulher e entre os filhos de qualquer natureza foram consagrados como diretrizes das demais regras, substituindo-se a expressão "pátrio-poder" por "poder familiar" (quando mais adequado seria falar-se e, "autoridade parental").

Tempo... Tempo... Tempo...

2. DA GUARDA COMPARTILHADA

A existência da distinção entre os institutos do "poder familiar" e da "guarda" constitui premissa para discussão dos vários adjetivos incorporados a este último: monoparental, unilateral, conjunta, compartilhada, revezamento, alternada, unipessoal - dentre outros tantos.

O poder familiar sobre o filho, enquanto menor, foi conferido em igualdade ao pai e à mãe, independente de se tratar fruto de casamento. Na medida da convivência dos pais sob o mesmo teto, aos dois cabe, igualmente, o exercício de todo o conjunto de atributos, direitos e deveres emanados do encargo da autoridade parental: zelar e cuidar cotidianamente pelo filho; administrar e usufruir de bens da prole; conceder autorização para seu casamento ou para tirar passaporte ou para uma mera viagem ao exterior etc. Caracteriza-se por ser impostergável, irrenunciável, indelegável, intransmissível e personalíssimo, tanto no que se refere ao pai quanto à mãe, isonomicamente, em equilíbrio de força e participação.

A "guarda" constitui pequena porção da genérica e abrangente autoridade parental, com ela coexistindo ou não. Ou seja, o guardião não é necessariamente um dos genitores, assim como a mera guarda não confere ao seu titular o poder familiar.

WALDYR GRISARD FILHO anota que o vocábulo "guarda" é "derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*; empregado em sentido genérico para exprimir *proteção*, *observância*, *vigilância* ou *administração*", especificando que guarda de filhos "é locução indicativa, seja do direito ou do *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, *de ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais".

Tradicionalmente, a guarda é uniparental (ou monoparental), o que equivale à sua atribuição a apenas um dos genitores. Há divergência no que tange sua natureza: dever; poder dever; direito-função; *munus* ou ônus parental; direito subjetivo; poder instrumental com caráter de função social.

Ao não-guardião é assegurado o direito de convivência, mais comumente denominado “visitas”, com a fixação de dias e horários, bem como disciplinados os períodos dos feriados e das férias escolares, em que estará com os filhos, conforme disposto no art. 1.121, § 2º, do CPC, alterado pela Lei 11.112/05.

Por “guarda alternada” (ou por revezamento) entende-se a atribuída simultaneamente a ambos os genitores, fixada a alternância de períodos em que o filho residirá com cada um deles. Exemplificativamente: uma semana com o pai e depois uma semana com a mãe; um mês com o pai e o posterior com a mãe.

Já na guarda compartilhada (ou conjunta) confere-se a ambos os genitores a responsabilidade pelas decisões relativas aos interesses dos filhos. Exige-se a definição do genitor com o qual o filho residirá, franqueando-se ao outro a participação na sua criação, por meio de períodos mais flexíveis de visita.

A lei vigente confere aos pais ampla liberdade para deliberar a guarda dos filhos, no pressuposto de o afeto que os une conduzir à priorização do bem-estar dos menores. Afinal, pelo menos em tese, ninguém melhor do que os pais para definir a solução mais adequada para os próprios filhos.

Atualmente, a guarda compartilhada não encontra-se definida em lei, existindo apenas projeto para introduzi-la no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o silêncio legal não implica em sua proibição.

Doutrina e jurisprudência fileiram-se pela possibilidade de os pais acordarem a guarda compartilhada relativamente ao filho comum, a maioria trilhando pela admissão quando presente diálogo e consenso entre os pais. Inviabiliza-se a guarda compartilhada nos casos litigiosos.

2.1 Argumentando com a teoria

Necessário despirmos de experiências e interesses pessoais para, com isenção e imparcialidade, analisar os embasamentos nos quais, com igual fervor e paixão, se fundamentam os defensores e os que rejeitam a guarda compartilhada para formação de juízo próprio.

Sem impulsos e obstinações preconceituosas, independente do politicamente correto ou fruto de modismo ou de vivências individuais, podem-se levantar inúmeros argumentos pró e contra a guarda compartilhada:

2.1.1 A FAVOR da guarda compartilhada

1. Consagra o direito da criança a seus dois genitores, colocando freio na alienação parental do não guardião provocada pela guarda individual, gerando espírito conciliatório e amenizando disputas instauradoras de conflitos insuperáveis entre os pais e sensação de solidão no filho.
2. Eventuais conflitos que ocorram não constituem óbices para a guarda compartilhada pois, em qualquer hipótese, faz parte da natureza humana e encontrável em qualquer arranjo familiar.
3. Permite que pai e mãe tenham iguais oportunidades para outros relacionamentos sociais e afetivos, essenciais para o reequilíbrio e estabilidade emocionais individuais, assim como lhes proporciona igualdade na continuação de investimento no mercado de trabalho e continua formação profissional.
4. Criança não cria imagem distorcida fomentada pelo vínculo exclusivo de um genitor, reduzindo as referências pejorativas e depreciativas do outro par, estimulando a cooperação entre eles para evitar a perda do diálogo.
5. Impõe decisões conjuntas, permitindo aos pais dividir inquietudes e alegrias com soluções mais salutares para os filhos e a partilha da responsabilidade pelas definições que interferem na formação do ser.
6. A guarda monoparental afasta o não guardião da convivência com o filho, levando ao desinteresse pelo filho e simultaneamente ao sentimento de “rejeição” por parte deste, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas.
7. Indiretamente funciona como estímulo ao pagamento da pensão e reflexo na melhor qualidade escolar e do meio social, assegurando-se futuro sucesso das crianças.
8. Evita exigir do filho que assuma uma escolha entre o pai e a mãe, conferindo satisfação pela proximidade dos pais, facilitando sua adaptação à realidade da ruptura da convivência parental.

2.1.2. Desaconselhando a guarda compartilhada

1. Não assegura nem garante a permanência dos contatos entre os pais e filhos, não se cria nem se impõe afeto, cuja espontaneidade é fruto de sua essência.

2. Filhos ficam confusos diante da duplicidade de autoridade a que se submetem diariamente, cujo efeito é negativo e isso não é recomendável.
3. Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos seria comum, dada a co-gestão, mesmo que o ato ilícito seja praticado enquanto sob a responsabilidade do outro – solucionando dificuldade de terceiros na identificação do representante pelos atos da vida civil dos filhos.
4. A guarda compartilhada é contraditória em caso de litígios pois, obriga a um convívio não desejado pelo casal e portanto, o fracasso é inevitável.
5. A co-gestão dos interesses dos filhos é inviável porque cada qual exercerá individualmente a sua guarda em determinado lapso temporal.
6. Se a guarda é conjunta, é “repartida” entre os pais. Como se garantiria a estabilidade e a segurança necessárias ao equilíbrio psicológico do menor? O conflito de autoridade dos pais levaria a freqüente intervenção do juiz e conseqüentemente resultaria insegurança.
7. Na discórdia dos pais, atitudes atentatórias à saúde psico-emocional do menor; chantagens, perda os referenciais, dificuldades de adaptação, seriam inevitáveis.
8. Crianças estariam em permanente tensão, procurando não manifestar uma “hiperlealdade” e agradabilidade a ambos genitores, curando não magoar tomando partido de um ou outro; a médio prazo, tal esforço seria um fardo difícil para as crianças.
9. É prejudicial porque mascara a realidade e tende a fomentar uma expectativa de reconciliação que é irrealizável.
10. Reflete a falta de disposição dos pais em assumir a responsabilidade pelas crianças e constituir um compromisso; de nada vale se ambos não estão dispostos a se responsabilizar pelos filhos e dividir todos os encargos, preocupações, alegrias dele advindos.
11. A transição entre dois lares pode facilmente reforçar a preocupação da estabilidade e a confiabilidade de pessoas e lugares.
12. Expõe os filhos do divórcio a um impacto psicológico, potencial, mais devastador, se e quando um pai resolver sair da dupla custódia.
13. A guarda vai além dos problemas da dor da separação, das causas, que, se mal resolvida, gera problemas psicoemocionais para pais e filhos, exigindo serenidade em momento de abalo e stress muito elevados, para permitir que a racionalidade, o controle dos impulsos, o domínio sob os sentimentos seja forte para levar o casal a um acordo de guarda compartilhada.
14. Contra-indicação de guarda compartilhada refere-se à violência doméstica, mesmo que por menos indícios.
15. Contra-indicada em casos de ausência do pai, o aspecto do laço afetivo, da idade, do sexo, personalidade e capacidade de adaptação.

3. CONCLUSÃO

A definição de qualquer guarda não é um procedimento simples. Um desembargador manifestou-se preferir a presidência de 50 júris a enfrentar a decisão que se lhe impunha de decidir a guarda de um adolescente de 12 anos.

Como tantas outras questões polêmicas, a relativa à guarda compartilhada parece dividir as opiniões em campos radicais: dos que a defendem ardorosamente e o daqueles que a consideram impossível em situações de conflito entre os pais. A discussão tomou as ruas com a aprovação do Projeto nº 58/2006, estabelecendo que o juiz deverá adotar, preferencialmente, o sistema da guarda compartilhada sempre que na separação ou no divórcio não houver acordo a respeito entre os litigantes.

Surgem respeitáveis defensores da guarda compartilhada como a melhor solução para a vida do filho de pais separados por impedir que o guardião fique com maior domínio sobre o filho, reduzindo o visitante a mero espectador, privado de, no seu curto período com o filho, criar e fixar uma relação mais estreita de afeto e capaz de intervenções para a formação do filho.

Os opositoristas consideram que a guarda compartilhada só é viável enquanto o casal conseguir manter o diálogo. A prática demonstra que, com o tempo, a tendência às discussões do casal tornam a guarda compartilhada de “vida” muito curta.

Restam muitas questões a serem respondidas. É realmente conveniente a guarda compartilhada para casais que não conversam? Até que ponto permite o saudável desenvolvimento da criança? A guarda compartilhada confere segurança e estabilidade para os filhos? É possível generalizar diante de tantos modelos de família? Será que o ideal é sempre possível? Até que ponto as diferentes situações do pai e da mãe preservam o referencial do certo e do errado, dos valores morais, dos limites?

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFIM, Paulo Andreatto. *Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos*. Jus Navigandi. Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7335, acesso em 30 nov. 2007.

EPAGNOL, Rosângela Paiva. *Filhos da mãe: uma reflexão à guarda compartilhada*. Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7335, acesso em 30 nov. 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do poder familiar*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em: 16 abr. 2008.

RIZZI, Maria Helena. *Guarda compartilhada sob o prisma psicológico*. Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7335, acesso em 30 nov. 2007.

SOUZA, Euclides. *Litígio não é fator impeditivo para a guarda compartilhada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4039, acesso em 30 nov. 2007.

