

3.3.4 Guarda: para que complicar?

Wendelaine Cristina Correia de Andrade
Bacharela em Direito - Oficiala do Ministério Público

Em 1977, com a possibilidade de divorciar-se, adveio o problema da guarda. Quem seria o mais indicado a ter em sua companhia os filhos? Àquele tempo, a resposta a tal indagação era bem diversa dos tempos hodiernos. A mãe detinha quase que absoluta prevalência para atribuição da guarda, máxima que hoje não se revela absoluta. Com a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, a atribuição de papéis no ninho familiar torna-se mais democrática, uma vez que a mulher não é mais exclusivamente responsável pelo trato com as coisas do lar e educação dos filhos. Pai e mãe tomam para si a responsabilidade mútua de fornecer-lhes assistência material e também espiritual.

O Novo Código Civil foi tímido ao tratar de tal questão. Nada fala a respeito da chamada guarda compartilhada ou conjunta, tema tão discutido entre os civilistas. Em um único artigo (1.584, *caput*), a lei civil assevera que a guarda dos filhos será atribuída a quem revele melhores condições para exercê-la, do que se infere que o ordenamento teria acolhido a chamada guarda única, ou seja, física e juridicamente a mesma seria atribuída a um dos pais, com dever mútuo de assistência e regulamentação do direito de visitas a quem não a detivesse.

Em face do silêncio do Código Civil a respeito do tema, a doutrina tem-se digladiado em classificações e variados modelos de guarda a atenderem o conhecido princípio do melhor interesse da criança, entre os quais podemos citar, além da *guarda única*, que é a tradicional, a *compartilhada* ou *conjunta*, que se baseia fundamentalmente na residência fixa do menor, com partilha eqüitativa de direitos e obrigações entre os pais, os quais mantêm toda a autoridade parental; a *alternada*, cujo requisito basilar é a alternância da residência do menor que vive com os genitores em períodos sazonais e determinados e, ainda, a estranha figura do *aninhamento*, em que a criança ou o adolescente residiria em uma casa e lá permaneceria, enquanto que os pais, de tempos em tempos, mudariam para aquela, a fim de exercerem o poder familiar.

Em resposta a tantas classificações e críticas da doutrina, o Projeto de Lei do Deputado Ricardo Fiúza (PL 6.960), modifica os artigos 1.583 e 1.586, CCB, nos seguintes termos:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, preservados os interesses destes. Parágrafo único. A guarda poderá ser conjunta ou compartilhada.

Art. 1.586 Na fixação da guarda, em qualquer caso, seja de filhos oriundos ou não de casamento, o juiz deverá, a bem dos menores, sempre levar em conta a relação de afinidade e afetividade que os liga ao guardião. Parágrafo único. A qualquer tempo, havendo justo motivo, poderá o juiz modificar a guarda, observando o princípio da prevalência dos interesses dos filhos (grifo nosso)¹.

A modificação do art. 1.583 foi uma sugestão da Prof. Regina Tavares da Silva, em que argumenta que “[...] em face das resistências ao estabelecimento da guarda compartilhada, é de toda a conveniência sua expressa referência neste

dispositivo”².

Assim, a alusão expressa à figura da guarda compartilhada na norma teria o objetivo de atender aos mais legalistas, conquanto se reconheça que, ainda mesmo na sua lacuna, desde que exista acordo entre os pais no tocante ao estabelecimento da guarda compartilhada e ausência de animosidades entre os mesmos, não compete ao juiz recusá-la.

No magistério de Eduardo de Oliveira Leite, em defesa da guarda compartilhada:

A destruição do “casal conjugal” não deve provocar o desaparecimento do ‘casal parental’, isto é, da comunidade dos pais; sendo que o risco de desacordo ou conflito entre ex-cônjuges existe igualmente na guarda exclusiva, não podendo ser havido, portanto, como impedimento à fixação da guarda conjunta ou compartilhada³.

Ocorre que nenhuma dessas discussões e até mesmo uma modificação infralegislativa seriam necessárias se o operador do direito voltasse os olhos para nada menos que o texto constitucional de 1988, que desde logo estabelecia em seu artigo 226, CRFB que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, entre eles o poder-dever familiar, devem ser exercidos igualmente entre homem e mulher, os quais devem fazê-lo de forma isonômica.

Poder-se-ia dizer, pois, que já no final dos anos 80, a guarda compartilhada já era passível de ser colocada em prática, eis que, a partir da vigente Carta Magna, sempre possuiu aparato constitucional.

Nesse sentido, o art. 229, *caput*, da Constituição dispõe que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”, de tal forma que o exercício do poder-dever familiar de maneira compartilhada é dever inerente à paternidade. A divergência é que leva à necessidade de intervenção do magistrado, ao qual, face à contenda, restará apenas deliberar sobre como deverá se exercer especificamente tal poder-dever (art. 1631, parágrafo único, CCB). Assim, seria muito mais simples utilizar-se da expressão “exercício compartilhado do poder familiar” do que tentar explicar o mesmo fenômeno por intermédio de várias classificações ou denominações.

A constitucionalização do Direito de Família aduz que as respostas para um organismo tão mutante quanto é o familiar estão na própria Constituição.

Destarte, toda a discussão sobre a temática da mencionada guarda compartilhada pode ser compreendida com a utilização de um conceito talvez simplista, mas constitucional, de mero exercício dialético e compartilhado do poder familiar, apoiada em especial nos princípios do Estado Democrático de Direito, da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana, consagrados como direitos e garantias fundamentais.

Com base nesse argumento, todas essas discussões teóricas sobre qual seria a denominação do instituto mais adequada a atender ao princípio da proteção do interesse dos filhos tornam-se particularmente desnecessárias.

Notas:

¹BRASIL. **Projeto de Lei 6.960**. Altera artigos do Código Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 16 ago. 2005.

²*Ibidem*.

³LEITE. Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 286.

⁴BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 05.