

O instituto da guarda: algumas considerações

A guarda é um dos atributos do poder familiar e impõe aos genitores as seguintes obrigações elencadas no art. 1634 CC 2002:

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

O poder familiar corresponde ao antes denominado “pátrio poder” e é entendido pelos juristas não como um direito subjetivo dos pais em relação aos filhos, mas antes como um dever daqueles para com estes em decorrência da sua menoridade e incapacidade de gerir a própria vida de modo autônomo.

Para TEPEDINO (2004)⁹⁹ a categoria direito subjetivo não deve ser utilizada para as relações familiares tendo em vista a evolução pela qual passou o Direito de Família, deixando o enfoque patrimonialista e passando para o afetivo, sendo preferível utilizar a expressão situação de poder, a qual tem a sua existência vinculada a vulnerabilidade de alguns seres humanos.

Para esse Autor o filho(a) não é um bem a ser disputado tal qual ocorre nos litígios patrimoniais, averiguando-se os vícios e virtudes dos genitores e quem foi o “culpado” pela separação, sem que se atente para o desenvolvimento e a educação da criança/adolescente.

Essa concepção de poder-dever familiar é recente, pois quando o Código Civil de 1916 foi elaborado o instituto nele inserido era o do pátrio poder cuja denominação refletia o seu caráter machista, pátrio (quem o detinha de fato era o genitor) e autoritário, poder, e se constituía num direito subjetivo dos pais relativamente à sua prole, também reflexo da legislação que a considerava objetos de direitos.

99 TEPEDINO, G. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*, p. 312.

Decorridos muitos anos percebeu-se o quanto estava equivocado o referido entendimento promovendo-se uma reformulação do instituto a começar pelo seu nome, que passou de pátrio poder para poder familiar. Em nossa opinião, a mudança de designação não foi das mais felizes, pois manteve a expressão poder, quando se reconhece que se trata de um dever, tanto que o próprio Código Civil no seu art. 1634 impõe uma série de obrigações aos pais, à exceção do inciso VII, o qual versa sobre deveres dos filhos para com seus pais como o de obediência.

O dever de guarda dos filhos se encontra no inciso II do art. 1634 do atual código¹⁰⁰, todavia este não se ocupou de conceituá-la em virtude do que lançamos mão do ECA, o qual em seu art. 33 a define através das obrigações a ela inerentes: “.. prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Diante do que foi dito acima se percebe a guarda como uma interveniência na vida dos filhos com o intuito de geri-la, no interesse destes últimos em virtude da sua menoridade assegurando-lhes o que seja melhor.

Há que se ressaltar que, via de regra, as questões relativas à guarda surgem com o advento de uma separação ou divórcio¹⁰¹, ocasião em que a mesma é deferida a um dos ex-cônjuges, sendo o modelo de guarda unilateral o mais adotado no Brasil.

A ação de guarda, consoante a legislação brasileira, se caracteriza pelo seguinte procedimento¹⁰²: o protocolo de uma petição inicial explicitando que determinada pessoa deseja ser guardião de uma criança/adolescente em virtude dos motivos que na ocasião expõe.

100 O Código Civil atual traz dispositivos normativos mínimos para a guarda, tendo sido eles comentados no capítulo anterior, e se focam nas situações de separação e divórcio.

101 Neste trabalho abordaremos a guarda como uma disputa inter-familiar, entre os genitores que se separam ou se divorciam, cujas ações tramitam nas Varas de Família. Contudo, existem também as ações de guarda que envolvem a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas (muitas vezes sem nenhum vínculo consanguíneo), as quais em regra tramitam nas Varas da Infância, Juventude e Idoso, as quais não serão tratadas por nós.

102 Ressalte-se que não estamos nos referindo às situações em que existe um acordo entre as partes sobre quem deva ficar com a guarda do filho, na qual nem se faz necessário que o Poder Judiciário participe. Entretanto, caso as partes prefiram valer-se deste basta que seja protocolada uma petição com o inteiro teor do acordo, o qual será em seguida remetido ao Juiz que o homologará (caso não haja violação da lei) ou não. Antes da homologação o acordo também passará pela análise do promotor de justiça cuja função é a de fiscalizar o cumprimento da lei e o respeito aos interesses das crianças/adolescentes envolvidos. A vantagem de se homologar um acordo é que caso o mesmo seja posteriormente descumprido, basta propor uma ação que vise apenas colocá-lo em prática, ao invés de se iniciar uma ação de guarda propriamente dita em que ainda vai se definir quem deve ser o guardião.

Remetido o processo ao juiz, caso entenda que todos os requisitos necessários foram obedecidos, determina que a outra parte seja citada, ou seja, tome ciência da existência da ação e ofereça a sua defesa por escrito, denominada contestação.

Após, o processo é novamente remetido ao juiz que pode determinar a realização de estudo social e laudo psicológico pela equipe técnica, fase na qual todos os envolvidos são ouvidos.

Encerrada esta fase, o juiz designa uma data para a realização de audiência, oportunidade em que estarão presentes o Autor, o Réu, os advogados de ambos e o promotor de justiça. Nessa ocasião, as partes poderão depor e as crianças/adolescentes serem envolvidos também.

O momento seguinte é o da sentença que pode ser prolatada ao final da própria audiência (exceção) ou após a realização desta, situação em que o juiz prefere analisar melhor o processo, para somente depois proferir a sua decisão.

Ressalte-se que, em geral, a cada vez que o processo é remetido ao juiz, este determina o envio do mesmo ao promotor de justiça cuja função é fiscalizar o cumprimento da lei e o respeito aos direitos das crianças/adolescentes envolvidos.

Gostaríamos de salientar que o rito acima proposto para as ações de guarda sofre alterações de acordo com o caso concreto. Assim sendo, caso o Réu não seja encontrado no endereço fornecido pelo Autor é possível que se passe um tempo tentando localizá-lo com algumas remessas do processo ao juiz e ao promotor antes do envio do mesmo à equipe técnica.

O direito brasileiro permite a adoção de duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada, sobre as quais discorreremos abaixo, entretanto antes disso gostaríamos de ressaltar que a escolha entre uma ou outra deve ater-se antes de mais nada ao caso concreto. Não acreditamos em um modelo de guarda “ideal”, melhor será aquele que atenda aos interesses e necessidades da família analisada.

Neste sentido NICK (1997)¹⁰³ assevera que é preciso analisar os aspectos sócio-econômicos” para indicar qual o tipo de guarda é o mais indicado para aquela criança/adolescente. Isto porque as mulheres que desejam se inserir no mercado de trabalho querem dividir tarefas e responsabilidades com os ex-

103 NICK, S. *Um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados.*, p. 132

maridos, já as que não exercem atividade laborativa percebem essa divisão como perda.

Por outro lado, o mesmo autor nos coloca que nos últimos vinte anos o homem tem lutado para participar mais da vida dos filhos, assumindo papéis antes relegados à mulher, o que nos Estados Unidos se refletiu num aumento do número de pais pleiteando e obtendo a guarda dos filhos.

Por fim, NICK (1997) cita Freud para afirmar que a convivência com o pai é muito positiva porque faz com que o filho tenha uma relação com o seu genitor baseada na realidade, ou seja, o convívio com a realidade faz nascer uma noção real do genitor. Aquele que, ao contrário, não o faz tem uma relação mítica com o pai.

Todavia, ele ressalta que em caso de distúrbio de personalidade do genitor é melhor que a criança seja dele afastada dando espaço ao surgimento de outro substituto.

Entretanto, a questão que se deve ter em mente ao tratar da relação pais/filhos é o comprometimento com o seu bem estar, educação, saúde e enfim a tudo o que a estes se refira.

4.1

Guarda unilateral

A guarda unilateral é aquela na qual apenas um dos genitores é o contemplado, coabitando com o filho e pagando parte das despesas para com o mesmo, cabendo ao outro o direito de visitação e o dever de realizar o pagamento da pensão alimentícia (as despesas com a criança/adolescente devem ser divididas entre os ex-cônjuges na proporção de suas possibilidades).

A guarda pode ser decidida de duas maneiras: ou os ex-cônjuges amigavelmente a estipulam, ou caso não cheguem a um consenso o juiz determina (neste caso numa ação de guarda proposta especificamente para esta finalidade).

Caso não haja consenso entre os genitores também é possível que o juiz defira a guarda a uma terceira pessoa caso tal medida seja no interesse da criança/adolescente e este terceiro tenha com ela uma relação de afinidade e/ou afetividade (art. 1584 § único CC). Com o advento do atual Código Civil o rigor do Código Civil de 1916 se atenuou, incorporando-se a idéia de que o grau de

parentesco para a indicação do guardião nem sempre é importante, enfatizando-se mais o tipo de relação que o mesmo possui com a criança/adolescente.

De qualquer modo, há que ficar claro que a decisão sobre quem será o guardião deve ter sempre como norte o interesse da criança/adolescente, ao contrário do que ocorria com o Código Civil anterior, por exemplo, no qual o critério de determinação da guarda recaía sobre a inocência dos genitores, como se isso tivesse alguma relevância no que concerne à forma de criação do filho.

Na guarda unilateral o guardião é soberano na tomada de decisões sobre a vida da criança/adolescente, não tendo a obrigação de consultar o outro genitor para tanto. O não-guardião, a princípio, não pode ingerir na forma como seu filho está sendo educado, a menos que perceba ou suspeite da existência de prática de atos atentatórios ao exercício do poder familiar como a existência de abuso sexual, por exemplo, ou que gerem danos ao desenvolvimento da criança/adolescente.

De igual modo, a guarda unilateral pode acarretar um afastamento gradativo entre o filho e o não-guardião, na medida em que o convívio se limitará aos dias e horários pré-determinados, ou seja, uma convivência “partida” com hora para começar e para acabar, sem solução de continuidade e que por isso muitas vezes faz com que o não-guardião “desista” da sua condição de pai/mãe.

4.2

Guarda Compartilhada

As transformações sociais por que passou o direito de família tornaram o modelo de guarda unilateral insuficiente para suprir as demandas sócio-emocionais do filho, afastando o genitor que não detém a guarda daquele (transformando-o num “visitador”) e viabilizando em regra uma visitação quinzenal e em datas festivas, o que impede a manutenção e o fortalecimento do vínculo pai/filho e mãe/filho, fazendo com que o não detentor da guarda desconheça a rotina do filho, e não participe das decisões atinentes ao mesmo.

Neste sentido, surgiu a guarda compartilhada com o objetivo de sanar essas dificuldades e envolver ambos os pais na criação do filho, fazendo com que se voltem para proporcionar-lhe um crescimento sadio e harmonioso, e que a prole não tenha a sensação de que foi deixada em segundo plano após a separação, mesmo porque após a efetivação dela os dois genitores permanecem responsáveis

pela tomada de decisões atinentes aos filhos, pois se separaram, mas não perderam a condição de pais.

Na oportunidade, gostaríamos de salientar que existe uma diferença entre a guarda alternada e a compartilhada. Na primeira, como o próprio nome diz, a criança passa um período¹⁰⁴ na residência materna e outro na paterna, alternando casas, o que cremos pode vir a causar-lhe instabilidade emocional em virtude das constantes mudanças.

A guarda compartilhada, por sua vez, é aquela em ambos os genitores estão envolvidos com a tomada de decisões atinentes aos filhos, com a sua criação e educação, estimulando-os a exercerem a “maternagem” e a “paternagem”, ou seja, a exercerem os cuidados que durante muito tempo estiveram vinculando exclusivamente à figura da mãe.

Para a efetivação da guarda compartilhada e o conseqüente intercâmbio entre os pais em tudo o que se refere a sua prole não acreditamos ser necessário a alternância constante de residências (materna e paterna), a exemplo do que ocorre com a guarda alternada, já que a questão não é dividir cronologicamente o tempo de permanência da criança com cada um dos pais.

Cremos que na modalidade de guarda ora comentada a palavra-chave é a participação, a qual pode ocorrer independentemente do local de residência da criança/adolescente, sendo importante tentar preservar a rotina anterior à separação ou divórcio, minorando-se as conseqüências deste processo traumático.

Para CANEZIN (2007)

*o “objetivo da guarda compartilhada é o de garantir que as duas figuras, pai e mãe, mantenham um contato permanente, equilibrado, assíduo e co-responsável com seus filhos, evitando tanto a exclusão quanto a omissão daquele que não está com a guarda naquele momento. Além disso, qualifica a aptidão de cada um dos pais e os equipara quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional. Também estimula maior cooperação entre os pais, possibilita a convivência igualitária da criança com ambos, facilita a inclusão e participação nas famílias, evitando o fenômeno do pai mero provedor da pensão alimentícia, favorecendo a comunicação entre todos os membros da família.”*¹⁰⁵

104 Este período varia conforme o estabelecido entre os genitores, pode ser de uma semana, quinze dias, um mês, etc. Devido a escassez de bibliografia concernente à guarda alternada optamos por não tratá-la como uma modalidade autônoma, mas por explicar brevemente o seu conteúdo.

105 Texto obtido no site www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Claudete_guarda.doc acessado no dia 29/05/07 às 15:47, p.09/10

Por outro lado, não se indica a guarda compartilhada caso haja suspeita ou confirmação de violência por parte dos genitores contra os filhos; e outrossim quando a separação tenha sido litigiosa, existindo ainda uma série de conflitos entre o casal que se separou, o que dificulta o relacionamento entre ambos. Fica difícil imaginar que um ex-casal que não consegue dialogar entre si tenha condições de decidir questões relativas a seus filhos.

Há, ainda, que se atentar para que a guarda compartilhada não se torne um meio de manipulação do genitor com o qual o filho reside visando diminuir o valor da pensão alimentícia.

Questão bastante controvertida diz respeito à imposição da guarda compartilhada pelo juiz sem a aquiescência dos ex-cônjuges. Cabe ressaltar que já houve aqui no Rio de Janeiro um caso assim, no qual o magistrado determinou a guarda compartilhada em detrimento da vontade dos genitores, com o que discordamos, pois em nossa opinião a viabilidade do seu cumprimento ficará comprometida.

Por outro lado, a guarda compartilhada oferece algumas vantagens como assegurar o direito à convivência equânime de ambos os genitores e a isonomia de responsabilidade para com os filhos entre os ex-cônjuges, afinal com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a guarda unilateral a sobrecarregava ainda mais.

Todavia a guarda compartilhada deve ser encarada como uma opção a ser considerada caso a caso, sendo possível a sua inserção de forma gradativa (aumentando-se o tempo de convivência de um dos pais aos poucos) atendendo às peculiaridades do caso concreto.

É verdade que não há previsão expressa da guarda compartilhada na legislação brasileira, entretanto não há nenhuma vedação à sua implementação, até porque quanto à hermenêutica onde a lei não restringe não cabe ao intérprete fazê-lo.

Existe atualmente um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional de autoria do deputado Tilden Santiago que prevê a inserção dos conceitos de guarda unilateral e compartilhada no Código Civil, o qual recebeu o nº 6350/2002. Consta do mesmo os critérios para a concessão da guarda unilateral e a necessidade de análise do caso concreto para a escolha de qual será a adotada.

De acordo com este seriam acrescentados três parágrafos ao art. 1583 e dois ao art. 1584, passando os artigos a terem o seguinte teor:

“Art. 1.583. 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. 1.584, § 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai, ou a mãe, que não a detenha, a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse.”

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai, quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência, considerados o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”.

Embora a intenção do projeto acima mencionado seja das mais louváveis posto que aponta a escolha da modalidade da guarda consoante o interesse, a faixa etária e as necessidades dos filhos, não podemos deixar de ressaltar que ele prevê a possibilidade da imposição da guarda compartilhada por determinação judicial(quando não houver consenso) o que a nosso ver é complicado uma vez que aquela requer mútua cooperação entre os genitores (art. 1583 §4º).

O art. 1584 § 2º, por sua vez, contradizendo o art. 1583 §4º afirma que a guarda compartilhada será aplicada “sempre que possível” quando não houver consenso. Eis um exemplo da má técnica da legislação brasileira.

Creemos que o disposto no art. 1584 §2º deve prevalecer, pois está mais consentâneo com a literatura sobre guarda compartilhada. Já o art. 1583 §4º poderia ter o trecho “por consenso ou por determinação judicial” retirado, o que viabilizaria uma melhor compreensão do seu significado.

O art. 1584 §3º afirma que para determinar as atribuições e os períodos de convivência com os genitores o magistrado “poderá” valer-se de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. O verbo utilizado sugere que se trata de uma faculdade e não de uma imposição legislativa, o que a nosso ver é bastante equivocado posto que, via de regra, o julgador não possui formação técnica para extrair informações de crianças/adolescentes a não ser mediante a inquirição¹⁰⁶ direta, o que está longe de ser o meio mais indicado.

O parágrafo 4º do art. 1584 versa sobre a hipótese de descumprimento não autorizado de cláusula da guarda unilateral ou compartilhada, o qual acarretaria diminuição do tempo de convivência do “genitor infrator” com o filho. Percebemos mais uma situação em que a criança/adolescente sofre as conseqüências de um ato de outrem, penalizando-se a parte mais vulnerável da relação, que já passou pelo processo traumático da separação dos pais.

Creemos que seria mais adequada e provavelmente mais eficaz a cominação de multa pecuniária¹⁰⁷ para o genitor que descumprisse a cláusula, preservando-se assim a sua relação com o filho¹⁰⁸.

Considerando a morosidade do processo de elaboração de leis no Brasil existe ainda um grande lapso de tempo para que o projeto seja aprovado, pois o seu último andamento data de 31/05/2006, encontrando-se ele na mesa diretora da Câmara dos Deputados¹⁰⁹.

No que toca ao ECA é perfeitamente possível sustentar que a guarda compartilhada está em consonância com os seus ideais, posto que a doutrina por

106 Questionamento através de perguntas e respostas, em geral, na frente dos seus genitores a menos que seja solicitada a saída destes últimos da sala de audiência.

107 Os valores arrecadados poderiam ser destinados a uma caderneta de poupança em nome da criança/adolescente.

108 O parágrafo 5º do art. 1584 é igual ao atual parágrafo único do mesmo artigo.

109 Andamento obtido no site <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>, no dia 18/06/2007 às 10:15.

ele adotada é a da proteção integral e aquele instituto é uma maneira de efetivá-la uma vez que envolve ambos os genitores na criação e na educação de sua prole.

A guarda compartilhada também respeita o princípio da paternidade responsável constante do art. 226 §7º da Constituição Federal¹¹⁰, pelos mesmos motivos acima expostos.

Outrossim, cremos que a guarda compartilhada é o modo por excelência de assegurar o cumprimento do princípio do melhor interesse, pois respeita a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do filho e enfatiza o seu direito à convivência familiar. Há que se ressaltar, todavia, as situações em que as peculiaridades do caso concreto não recomendam a sua utilização, já que inexistem uma modalidade ideal de guarda.

Assim sendo, inexistindo óbice à concessão da guarda compartilhada, o critério para o seu deferimento é atender ao melhor interesse da criança/adolescente consoante o disposto no art. 1589 do Código Civil, respeitando-se os parâmetros constitucionais e estatutários de proteção integral e respeito à condição peculiar de desenvolvimento, sem mencionar a isonomia dos genitores.

Tendo analisado o instituto da guarda faz-se necessário conhecer como o princípio do melhor interesse vem sendo aplicado no cotidiano do Poder Judiciário. Para tanto realizamos uma pesquisa de cunho exploratório no Núcleo de Prática Jurídica da PUC/RJ que será detalhada a seguir.

110 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”