

A guarda compartilhada como direito fundamental da criança

PATRICIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS (*)

1. Introdução. 2. O interesse superior da criança. 3. A Interpretação Constitucional. 4. A guarda compartilhada como um direito fundamental e constitucionalmente assegurado. 5. A guarda compartilhada na prática. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada vem sendo discutida em diversos países como a melhor solução na divisão das incumbências dos pais separados em relação aos filhos.

Não só em atenção à igualdade jurídica entre homens e mulheres, mas sobretudo ao levar-se em conta o direito da criança de ser tratada como sujeito de direito, titular da relação jurídica que lhe garante ter os pais presentes durante o seu crescimento e desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional.

A guarda única ou unilateral traz o inconveniente de privilegiar somente um dos pais na criação do menor, exacerbando o seu poder de decisão sobre o futuro do filho, afastando o não guardião do contato com a criança e trazendo intermináveis litígios sobre pensão alimentícia.

O aumento do número dos divórcios, a diminuição do número de casamentos, a aparição das novas entidades familiares (as famílias monoparentais, biparentais, alargadas, reconstituídas *etc.*), ou seja, a realidade social da família de hoje, e principalmente quando a célula familiar se dissolve, faz transbordar as indagações a respeito do destino da criança, qual o seu lugar e qual o futuro da sua relação com os dois progenitores.

E todos sabemos quão importante é para o desenvolvimento harmonioso da criança, para o seu normal crescimento afetivo, que esta se possa identificar com os dois progenitores, nos seus comportamentos e nas relações que mantêm com cada um deles.

2. O INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA

A Constituição Federal de 1988 dispôs no art. 227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e, ao adolescente, com absoluta **prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao **respeito**, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

A tutela do menor foi estabelecida como prioridade, sendo dever não só da família, mas também da sociedade civil e do Estado, assegurar e garantir os direitos fundamentais do infante.

Foi a primeira vez que uma Constituição brasileira abordou a questão da criança como prioridade absoluta e estabeleceu, de forma incontestável, a doutrina da proteção integral.⁽¹⁾

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, assegura no art. 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Constata-se a plena capacidade jurídica do menor de idade quanto aos direitos fundamentais.

Verifica-se, todavia, que a criança é um ser humano que necessita de outro ser humano para sobreviver. Trata-se de uma situação real baseada em uma condição existencial ineliminável: a criança é incapaz de crescer por si, e durante um período muito mais longo que as outras espécies não humanas, o menor precisa de adultos que o alimentem, que o criem, o eduquem e o protejam. Esses adultos, inevitavelmente, têm instrumentos de poder, de autoridade e de opressão sobre os pequenos.

O exercício e a garantia dos direitos fundamentais do infante, portanto, têm um fator peculiar e delicado a ser considerado: a criança não tem força por si própria para exigir o respeito aos seus direitos e depende, para a realização dos mesmos, da intervenção de terceiros.

É necessária a criação de mecanismos que assegurem a proteção do menor e aumentem o espectro de controle da família, da sociedade e do Estado. E, dentre as diversas formas de fiscalização, ressalta-se a denominada guarda compartilhada.

⁽¹⁾ *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Emílio Garcia Mendez. Ed. Malheiros, p. 11.

Na medida em que um dos pais é afastado do convívio com o filho em razão do exercício da guarda única, assegurada a visitação tão somente a cada quinze dias, menos chances a criança terá de demonstrar a esse genitor a problemática vivenciada na escola, nas ruas e dentro de sua própria residência. Menos oportunidade a criança terá de receber atenção, carinho, amor e educação por parte desse genitor.

E é cada vez mais freqüente a participação e o interesse dos progenitores homens em acompanhar o desenvolvimento de seus filhos, desde a mais tenra idade, o que vem acarretando litígios entre pai e mãe quanto à guarda dos filhos nas separações.

Um dos segmentos do universo jurídico onde se observam profundas mudanças nos últimos tempos é, indubitavelmente, o Direito de Família. Tal fato se dá, essencialmente, diante do redirecionamento das relações políticas, econômicas, sociais, que vem desaguar nas relações familiares. Busca-se o fundamento das relações pessoais contemporâneas nos ideais e valores de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo.⁽²⁾

A visão da criança está hoje firmemente ligada à idéia de amor e de proteção, e cada vez mais os pais procuram estar presentes no processo de formação e educação de seus filhos.

E, apesar de estar consignado que deve prevalecer, única e exclusivamente, o interesse superior da criança, os adultos reivindicam, freqüentemente, um "direito à criança", como se esta se tratasse de um objeto, não estando motivados, muitas vezes, pela proteção do interesse desta, mas apenas pela fonte de reconhecimento social que a guarda da criança simboliza e contribui, de alguma forma egocentricamente, para a sua realização e satisfação pessoal.

É, por isso, legítima a preocupação crescente em que a criança mantenha um contato direto e permanente com os dois progenitores.

Essa preocupação perpassa o campo da sociologia e da psicologia para alcançar o campo jurídico na medida em que o direito à convivência familiar foi assegurado constitucionalmente.

A criança tem o direito autônomo e independente, garantido constitucionalmente, de conviver com ambos os pais, mesmo separados, participando e estando presente no cotidiano de cada um deles.

3. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora seja um documento legal, e como tal deva ser interpretado, a Constituição merece uma apreciação destacada dentro do sistema em razão do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas, quais sejam: a

⁽²⁾ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, *Filiação e reprodução assistida, Problemas de Direito Civil Constitucional*, coordenado pelo prof. Gustavo Tepedino. Ed. Renovar, p. 515.

superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político.⁽³⁾

A supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. E é este princípio que confere à Carta Magna o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico. A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. O conteúdo específico significa que grande parte das disposições materialmente constitucionais refoge à estrutura típica das normas dos demais ramos do direito. Há, em seu interior, normas de direito material (gerando direitos e obrigações), normas de organização e normas programáticas. E, por fim, tendo em vista a sua natureza política, cumpre lembrar que as normas constitucionais são políticas quanto à sua origem, quanto ao seu objeto e quanto aos resultados de sua aplicação. A Constituição resulta do poder constituinte originário – poder político fundamental – representando um momento político na sua essência, mas jurídico no seu resultado.

A interpretação da Constituição é uma tarefa jurídica, sujeitando-se aos cânones de racionalidade, objetividade e fundamentação.

Segundo ensinamentos de PETER HÄBERLE, em sua obra *Hermenêutica Constitucional (A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição)* "no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição".⁽⁴⁾ A interpretação constitucional é a um só tempo elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.

A Constituição, assim, não existe apenas para limitar a atuação do Poder Público, mas é também tarefa, e, nesta medida deve regular relações privadas e a sociedade civil. Conforme assinala o professor CLÊMERTON MERLIN CLÉVE, em seu texto *Constituição e Poder Judiciário*, o perigo não reside apenas no Estado, mas também na sociedade, posto que a violação do direito fundamental pode provir do Estado ou da sociedade civil.

A violação dos direitos fundamentais da criança dá-se, muitas vezes, no âmbito da própria família, sem a perfeita consciência do responsável pela transgressão, que, envolvido pelo sentimento de frustração emocional, usa a criança para vingar-se e enlouquecer o outro genitor.

⁽³⁾ LUÍS ROBERTO BARROSO em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, 1996, p. 101.

⁽⁴⁾ Ob. citada, p. 13.

A reorientação paradigmática envolve a constitucionalização do direito privado, com o aproveitamento da carga valorativa e principiológica da Constituição para uma releitura do direito privado a partir de novas coordenadas.

Todos os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais, sendo que tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais são norma e ao mesmo tempo tarefa. Diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e jurisdição constitucional.

Surge, assim, a necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos na Carta Magna diante do direito infraconstitucional.⁽⁵⁾

4. A GUARDA COMPARTILHADA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO

À criança e ao adolescente é assegurado o direito à convivência familiar, previsto no art. 227 da Magna Carta, que consiste no direito de ser criado e educado no âmbito da própria família.

A família, conforme leciona MARIA DO ROSÁRIO LEITE CINTRA, em seus comentários na obra *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*⁽⁶⁾, "é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo."

Essa família, por sua vez, não pode ser concebida sob um aspecto unilateral. Toda criança foi trazida ao mundo pela atuação de um pai e uma mãe, de modo que a visualização da família é composta da união dos dois pólos.

Tanto o pai quanto a mãe, querendo, devem estar presentes no processo de formação do filho, e estão em igualdade de condições para exercerem esse *munus*, não sendo permitida qualquer tipo de discriminação em razão do sexo, notadamente frente aos comandos constitucionais de igualdade previstos no art. 5º, inciso I e art. 226, § 5º.

A separação dos pais não pode significar para a criança uma restrição ao seu direito à convivência familiar. O contato com ambos os pais é extremamente benéfico para o seu desenvolvimento.

Frise-se que decorre do pátrio poder a obrigação de estar presente no processo de desenvolvimento do filho. Afinal, o pátrio poder é um *munus*, um poder-

⁽⁵⁾ PAULO RICARDO SCHIER, *Filragem Constitucional*. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999, p. 25.

⁽⁶⁾ *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Emílio Garcia Mendez. Ed. Malheiros, p. 84.

dever, um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

“art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

E o Código Civil:

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

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda”

A guarda compartilhada é o modelo que melhor atende aos ditames constitucionais e legais de igualdade jurídica entre os pais e o direito da criança à convivência familiar e respeito à sua dignidade.

Segundo o entendimento do professor WALDYR GRISARD FILHO, em sua obra *Guarda Compartilhada*, publicada pela Editora Revista dos Tribunais, p. 138, “a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois mantêm, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança. Seguindo a trilha aberta pelos diplomas internacionais e pela legislação alienígena mais avançada, o Direito brasileiro igualmente elegeu o interesse do menor como fundamental para reduzir os efeitos patológicos que o impacto negativo das situações familiares conflitivas provoca na formação da criança.”

E arremata o mencionado jurista: “os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procura amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação” (ob. citada, p. 160).

A guarda compartilhada é a maior expressão do direito à convivência familiar. Além de garantir à criança o contato direto com ambos seus genitores, possibilita o controle de sua educação, saúde, alimentação, integridade física e formação moral de uma forma mais ampla, diminuindo os riscos dos desmandos de uma das partes, proporcionando ao menor um desenvolvimento mais sadio e feliz.

5. A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA

A prática, ao contrário do que os críticos imaginam, não é tarefa difícil, ainda que haja litígio entre os pais.

Não se pode esquecer que o modelo tradicional da guarda única sempre acarretou e vem ensejando um número crescente de litígios judiciais, que se avolumam a cada dia. Os Tribunais vêm-se compelidos a criarem mais Varas de Família, recrutarem bacharéis em direito como conciliadores em auxílio aos juízes, e muitas famílias são desestabilizadas com a ameaça de prisão do alimentante e dificuldade de visitação dos filhos.

A guarda compartilhada tem o mérito de minimizar os conflitos decorrentes dos processos de alimentos e regulamentação de visitas, que passam a ser disciplinados em seu próprio âmbito.

Tanto na hipótese de acordo dos pais quanto de litígio quanto aos dias de convívio e de alimentos, a questão deverá sempre ser submetida ao Poder Judiciário, com a intervenção do Ministério Público.

Os dias de convívio devem ser estabelecidos, *a priori*, através de acordo entre os pais, que deverão explicitar a sua jornada de trabalho e a localização da residência de cada um.

Em não havendo acordo, a questão fica submetida ao juiz, que irá dirimir a controvérsia pela análise das peculiaridades do caso concreto, através do bom senso ou com o auxílio de um estudo psicológico. Não poderá se afastar do pressuposto que é direito da criança estar com ambos os pais durante a semana (e não somente no final de semana), convivendo com ambos os pais e as novas famílias durante o curso da semana, inclusive com o direito de dormir seja na residência de um ou de outro.

Imprescindível para a implementação do sistema é que haja interesse e condições (físicas e morais) de ambos os genitores para o exercício da guarda. Ambos os pais teriam que reservar, em suas novas residências, local apropriado para o sono do menor e a resolução de seus deveres escolares, com a manutenção, ainda, de regular alimentação, bem como roupas e brinquedos, além do imprescindível tempo de dedicação para a criança.

A sugestão genérica seria de que o menor ficasse na casa da mãe nas segundas e quartas-feiras, com o pai nas terças e quintas-feiras, e os finais de semana, alternados entre os genitores (sexta, sábado e domingo).

Os litígios decorrentes da prestação de alimentos aos filhos limitar-se-iam basicamente às necessidades da criança com educação e saúde - já compensados os gastos com alimentação, vestuário e diversão através do próprio convívio diário com cada um dos pais. Não se faria considerações a respeito das despesas de moradia de cada um dos pais (luz, gás, telefone, aluguel, condomínio, IPTU, empregada doméstica *etc*), que devem ser arcadas por cada um de per si.

Assim, não sendo hipótese de um dos genitores ser obrigado a prestar alimentos ao outro, em decorrência de direito autônomo seu (e não ligado ao infante), ambos os pais deverão esforçar-se para promover o seu próprio sustento, em perfeita consonância com o princípio constitucional de igualdade jurídica do homem e da mulher, não servindo a pensão alimentícia do menor como meio de sobrevivência de um dos pais.

As despesas do filho, assim, serão divididas por ambos os genitores na proporção dos recursos de cada um, e pagas diretamente pelo responsável por aquela determinada despesa (por exemplo: o pai responsável pelas despesas da mensalidade escolar e de plano de saúde, e a mãe com as despesas de material escolar e vestuário). Em caso de inadimplemento, a obrigação poderá ser exigida pelo outro genitor, representando o filho, dando ensejo, inclusive, à fixação dos alimentos diretamente a um dos pais, conforme o modelo tradicional, que passará a fazer todos os pagamentos do menor diretamente.

6. CONCLUSÃO

A guarda compartilhada, já consagrada em estatutos jurídicos alienígenas, traz uma nova perspectiva para o direito nacional, afastando os inconvenientes da guarda única.

Através de uma interpretação sistemática da Carta Magna, verifica-se que a guarda compartilhada assume aspectos de direito fundamental, na medida em que expressa, de forma mais precisa, o direito constitucional do infante à convivência familiar, e o respeito à sua condição de pessoa humana em desenvolvimento.

Minimiza o sofrimento da criança em razão de dificuldades criadas pelo detentor da guarda exclusiva para a visitação do outro genitor, e, principalmente, extingue os intermináveis litígios concernentes ao valor da pensão alimentícia.

ANEXO

Proposta de Lei para o implemento da guarda compartilhada dos filhos no sistema jurídico brasileiro

ANTEPROJETO DE LEI

Considerando os ditames constitucionais de igualdade jurídica entre o homem e a mulher, previstos nos arts. 5º e 226, § 5º da Constituição Federal;

Considerando o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar e respeito à sua dignidade, prevista no art. 227 da Constituição Federal;

Considerando que o pátrio poder deverá ser exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente;

Considerando que é inerente ao pátrio poder o direito de dirigir a criação e educação dos filhos e tê-los em sua companhia e guarda;

Altera-se a Lei nº 6.515, de 26-12-1977, adotando-se a guarda compartilhada como modelo padrão para o convívio de ambos os pais com os filhos.

art. 1º Acrescenta-se o parágrafo único ao art. 9º da Lei 6.515 de 26-12-1977, que terá a seguinte redação:

“art. 9º

Parágrafo único. Embora consensual a separação, mas não havendo acordo quanto à guarda dos filhos, será a mesma compartilhada na hipótese de ambos os pais terem interesse e condições para o seu exercício.”

art. 2º. O parágrafo 1º do art. 10 da Lei 6.515 de 26-12-1977 passa a ter a seguinte redação:

“art. 10

§ 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, a guarda dos filhos será compartilhada na hipótese de ambos os pais terem

interesse e condições para o seu exercício.”

art. 3º. O parágrafo 2º do art. 10 da Lei 6.515 de 26-12-1977 passa a ter a seguinte redação:

“art. 10

§ 2º. O juiz poderá determinar a realização de estudo psicológico para a análise da conveniência da medida e o estabelecimento dos critérios para a convivência dos filhos com ambos os pais.”

art. 4º. O antigo parágrafo 2º do art. 10 da Lei 6.515 de 26-12-1977 transforma-se em parágrafo 3º do mesmo artigo.

art. 5º. Acrescenta-se o parágrafo 4º ao art. 10 da Lei 6.515 de 26-12-1977, que terá a seguinte redação:

“art. 10

§ 4º A qualquer tempo, ainda que regulada de maneira diversa, poderá, mesmo após a separação judicial ou o divórcio, ser solicitada a guarda compartilhada por qualquer um dos pais.”

art. 6º. O disposto na presente Lei também se aplica às uniões estáveis no que couber.

art. 7º. A presente Lei entra em vigor na data de sua publicação.

art. 8º. Revogam-se as disposições em contrário.

(*) PATRÍCIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
