

## **GUARDA COMPARTILHADA: IGUALDADE NA RESPONSABILIDADE PARENTAL**

***Elisângela Luzi de M. Landim Chaves, Antonio Carlos M. Guimarães e Moacyr da Costa Neto.***

Faculdade de Direito Univap, Rua: Turumirim, 136, Jd. Santa Fé, CEP: 12228-122, São José dos Campos, São Paulo, Brasil, [juridichaves@ibest.com.br](mailto:juridichaves@ibest.com.br)  
Faculdade de Direito Univap, Praça Candido Dias Castejon, 116, Centro, CEP: 12245-720 São Jose dos Campos, São Paulo, Brasil.

**Palavras-chave:** guarda compartilhada, poder parental.

**Área do Conhecimento:** VI – Ciências Sociais Aplicadas.

### **I - INTRODUÇÃO:**

Este trabalho tem por objetivo investigar um novo modelo de guarda parental, procurando mostrar sua estrutura, aplicação e efeitos.

Para tanto, iniciaremos a exposição confrontando as disposições do Código Civil de 1916 sobre a matéria com as da Lei n.º 10406/2002 – novo Código Civil.

O que mais chama a atenção na comparação dos códigos é a estrutura de seus artigos, tornando evidente no novo Código Civil (2002) uma maior preocupação em reger as condutas após a dissolução conjugal. No antigo Código Civil (1916), o capítulo que regia a Proteção da Pessoa dos Filhos era ínfimo. E, em seu art. 329, prescrevia que a mãe, ao contrair novas núpcias, não perdia o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderiam ser retirados mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os estava tratando convenientemente. Foram também revogados deste diploma os artigos 325 ao 328 pela Lei 6.515, de 26/12/1977, que traz, no §1º do art.10, a pessoa da mãe como opção para a posse da guarda dos filhos. No novo Código, os

oito artigos que compõem este capítulo, do 1583 ao 1590, têm por finalidade nortear a aplicabilidade da guarda dos menores ou maiores incapazes, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal.

O art. 1584 registra imparcialidade quanto à escolha do pai ou da mãe para detenção da guarda dos filhos, inserindo a disposição “melhor condição para exercê-la”, e deixando consignada a necessidade de uma avaliação a cada caso, atendido sempre o melhor interesse da criança. Já o art. 1589 do NCC assegura o princípio básico da guarda compartilhada, uma vez que fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos é igualmente um direito e um dever do pai ou da mãe, cuja posse da guarda não tenha sido favorável. Cabe apontar, desde já, que nosso ordenamento jurídico reconhece três tipos de guarda de filhos: Guarda Alternada, Guarda Dividida e Guarda Compartilhada.

Até bem pouco tempo, só se poderia pensar no modelo de guarda matriarcal, instituída pela Lei do Divórcio 6.515/77 em seu art. 10, § 1º, com base na relação simbiótica e nas necessidades biológica que uniriam mãe e filhos. Fatores sociológicos também contribuem

para esta pré-determinação em relação à escolha do cônjuge encarregado da guarda dos filhos. Todavia, as constantes mudanças na vida familiar são relevantes fatores a serem investigados na busca de embasamento para posteriores avaliações quanto ao modelo mais adequado para ser adotado como padrão na guarda dos filhos.

Analisar o comportamento e o papel desenvolvido por cada membro da família é buscar os motivos que geram mudanças comportamentais e, por consequência, a reestruturação jurídica.

## II - REFERÊNCIA HISTÓRICA DO ORDENAMENTO NORMATIVO.

O que se busca com a Guarda Compartilhada é concretizar o que já é assegurado pela lei em dispositivos do Direito, entre eles o §5º do art. 227, os artigos 227 e 229 da Constituição Federal, o Decreto 99.710/90: a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, entre outros.

## III – A INSTITUIÇÃO FAMÍLIA E SUAS FASES HISTÓRICA.

O vocábulo *família* deriva do latim “*famulus*” (escravo, doméstico). Sua conceituação jurídica surgiu na medida da evolução da civilização e o conseqüente condicionamento dela ao matrimônio, ritualístico ou religioso.

Algumas conceituações clássicas definem a família como: “grupo social com vínculo de parentesco” - “grupo social dos descendentes do mesmo tronco”. Todavia uma nova estrutura legislativa impõe uma releitura desses conceitos, exigindo definição mais abrangente e entendendo, por exemplo, a família como “grupo social constituído pelo casal (CF, art.226, caput, e seu §3), ou qualquer dos pais (§4º), e pelos que a eles se interligam pelo parentesco e pelos vínculos da afinidade”. Passando por diversas fases e se mostrando dinâmica, a família se adapta às mudanças vivenciadas pelo homem.

A família brasileira guardou marcas de suas origens. Da família romana herdamos a autoridade do chefe de família (patriarcalismo), da família

medieval, o caráter sacramental do casamento, e da família Portuguesa, a solidariedade entre seus membros. A família retratada no Código Civil de 1916 caracterizava-se por ser transpessoal, hierarquizada e patriarcal. Determinava a repartição desigual dos papéis dos cônjuges e a dura hierarquia nas relações paterno-filiais. Expressava a realidade econômica de um país agrícola, destituído de traços de industrialização e, sob forte influência do Código Civil Francês de 1804, que consagrava o modelo patriarcal, autoritário e burguês.

Com a reformulação do Código Civil em 2002, tem-se um novo conceito de família que, despida da condição de unidade econômica, passa a ser unidade afetiva, uma comunidade de afetos, relações e aspirações solidárias. O primeiro artigo do NCC que trata do direito de família (art.1511) privilegia esta concepção inovada e traça um novo conceito para tão antiga instituição, pode-se acrescentar também que a família é uma estruturação psíquica, onde cada membro (o pai, a mãe e, com isso, o filho) tem lugar definido, o que não impede que seus membros realizem a “dialética da complementabilidade” que, conforme ensina o prof Miguel Reale, é a capacidade de um mesmo indivíduo desenvolver vários papéis sociais dentro da mesma família.

A família tem função serviente, seja no relacionamento entre os cônjuges, seja na educação e formação dos filhos. Tem a finalidade de tutelar a dignidade humana e constitui uma relação jurídica de direito pessoal.

O modelo contemporâneo de família em nada se assemelha ao início do século passado, em decorrência de um permanente processo de mutação. Na busca pela isonomia entre homens e mulheres já se registraram avanços, porém o processo é paulatino. Em seu artigo 5º, inciso I, a Constituição Federal refere-se à igualdade entre homens e mulheres, e, no que diz respeito à família, ela é clara quanto aos direitos e deveres sobretudo no art.226, §5º.

Percebe-se, modernamente um novo comportamento da mulher dentro da família, o fato dela trabalhar fora, não só

pela busca de igualdade de direitos, mas por necessidades financeiras.

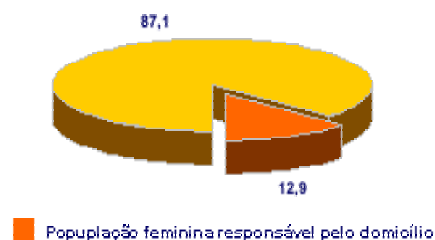
Alguns dados colhidos junto ao IBGE, referentes ao Censo 2000, retratam a mulher atual e seu papel na sociedade.

Hoje, as mulheres representam mais da metade da população brasileira, pois dos cerca de 170 milhões de habitantes do país, mais de 86 milhões são mulheres, com média de 24,9 anos. 12,9% delas são responsáveis pelo domicílio, porcentagem que aumenta em algumas regiões e atinge, no Sudeste, 25,9% e no Nordeste 25,6%. Nesta última região, o resultado também tem como causa um fenômeno muito comum: a migração dos homens para outras regiões, em busca de melhores condições de vida.

Outro dado apurado pelo censo indica que as mulheres têm em média quatro anos de escolaridade, nível um pouco maior que o dos homens. Outra novidade é que hoje as mulheres já representam 41,39% da população economicamente ativa do país.

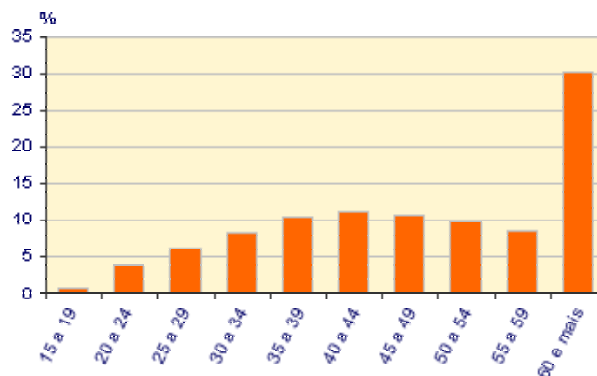
Sabe-se também que o maior número de dissoluções nos relacionamentos marido e mulher ocorrem na faixa de 30 a 34 anos. De um total de 193.244 separações no ano de 2000, 20,7% foram de mulheres nessa faixa etária.

### Proporção de mulheres responsáveis pelos domicílios Brasil - 2000



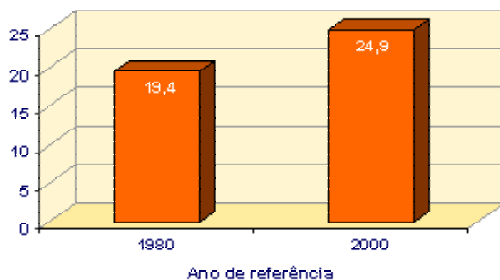
Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000.

### Mulheres responsáveis pelo domicílio, segundo a faixa etária Brasil - 2000



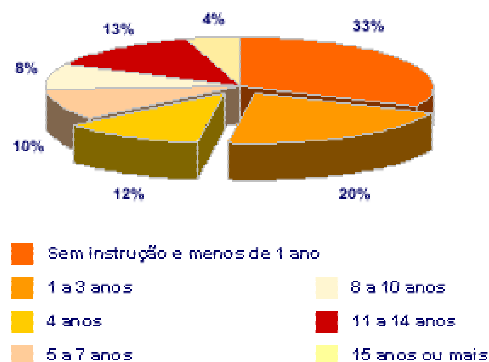
Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000.

### Idade mediana da população feminina Brasil - 1980/2000



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000.

### Mulheres responsáveis pelo domicílio, por classes de anos de estudo Nordeste - 2000



Fonte: Síntese de Indicadores Sociais - 2000, IBGE.

Esta nova atuação da mulher na sociedade provoca uma conseqüente mudança em seu papel familiar. A luta pelo seu espaço fora da circunscrição domiciliar, impele o homem a se modernizar, a atualizar seus conceitos, a arregaçar as mangas e aprender a desempenhar o papel de “mãe”. Tarefas antes tidas como estritamente femininas são assumidas ou compartilhadas sem grandes traumas. Esta inversão de papéis dentro da família, não é espontânea e simplesmente opcional, mas decorre de mudanças pelas quais o país e a economia passam e levam homens e mulheres a não mais selecionarem o que fazer em função de suas atividades profissionais e familiares. Todas essas mudanças se refletem na atuação individual de cada ente familiar. Hoje, nesse novo papel, o pai tem a chance de conviver mais tempo e conhecer melhor seus filhos, participando mais de perto na construção dos valores que lhes são passados.

Convém também mencionar a constatação que tanto já se propagou na ciência do comportamento de que “é comum a todos os seres, independente de sexo, quatro emoções básicas: a esperança, a tristeza, o medo, e a separação”, sendo por isso, perfeitamente possível a homens e mulheres se descobrirem felizes desempenhando papeis que antes só cabiam a um deles.

Estatística feita pelo juiz Guilherme Gonçalves Strenger dos processos litigiosos da cidade de São Paulo, apurou que o número de pedidos de guarda de filhos feitos em 2001 por homens superou o das mulheres, indicando mudanças no comportamento da sociedade.

#### **IV – OS TRÊS TIPOS DE GUARDA DE FILHOS:**

O ordenamento jurídico prevê, três tipos de guarda de filhos.

**a-)** Guarda alternada, que se caracteriza pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, por um período de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, ou

mesmo parte da semana, durante o qual deterá, de forma exclusiva, a totalidade dos direitos e deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se com a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais.

**b-)** Guarda dividida, que ocorre quando o menor vive em um lar fixo determinado com o pai ou a mãe, recebendo a visita periódica do que não tem a guarda. É o sistema de visitas.

**c-)** Guarda compartilhada ou conjunta, tipo de guarda em que o pai e a mãe dividem a responsabilidade legal sobre os filhos, e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas às crianças. Os dois têm a guarda jurídica, mas um só detém a guarda física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres próprios do poder familiar.

#### **V - CONHECENDO A GUARDA COMPARTILHADA**

A guarda compartilhada, modalidade que teve origem na Inglaterra, por volta da década de sessenta do século XX, onde é conhecida como JOINT CUSTODY, hoje é utilizada no Canadá, na América do Norte, na França e em outros países da Europa.

No Brasil, o procedimento é relativamente novo e pais conscientes, buscam na guarda compartilhada o modelo mais justo de guarda parental, que assegure maior bem-estar à criança. Estudos realizados por psicólogos e outros profissionais que acompanham filhos de casal em processo de separação, mostram que o sistema tradicional de guarda matriarcal, tendo a mãe como única guardiã e o pai como visitante quinzenal, traz efeitos emocionais maléficos em razão do afastamento físico. Pais que conseguem manter um relacionamento participativo e presente com os filhos propiciam-lhes um equilíbrio psicológico e emocional bem maior do que aqueles que não gozam dessa possibilidade.

A guarda compartilhada busca assegurar à criança um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Desfrutar da convivência de ambos os

pais é um direito que deve ser assegurado ao filho. É a possibilidade de se perpetuarem os valores que lhe são transmitidos através de atitudes e cuidados, quando não lhe são negados os laços afetivos e familiares, o que contribui para atenuar o impacto negativo da separação dos pais, que até então mantinham convivência assídua e permanente com o filho. Busca-se oferecer ao menor um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo, garantindo-lhe a participação comum dos genitores em seu processo educativo.

A guarda compartilhada no Brasil ainda não é assegurada por norma jurídica expressa. O que existe neste sentido, é um projeto de lei (n.º 6350) de autoria do Deputado Tilden Santiago, do PT de Minas Gerais, que prevê a alteração dos artigos 1583 e 1584 do novo Código Civil, estabelecendo que o juiz, antes de homologar a conciliação, destaque as vantagens da guarda compartilhada e sempre que possível, estabeleça o sistema. A criança nessas condições terá apenas uma residência, como na guarda monoparental, buscando uma forma de garantir a igualdade de homens e mulheres na responsabilização dos filhos e de fazer o chamamento para que pais separados exerçam conjuntamente este papel.

O projeto visa tornar, sempre que possível o sistema recomendável, por avaliação do juiz ou por eleição das partes.

## VI – CONCLUSÃO:

Embora a guarda monoparental seja o modelo utilizado pelo nosso ordenamento jurídico, trabalhos já realizados na área de comportamento psicossocial alertam para a possibilidade do afastamento gradual e definitivo do cônjuge que não a detém. O capítulo da Lei 10.106/2002, de 10/12/2002 (novo Código Civil), que trata da Proteção da Pessoa dos Filhos prevê um número de hipóteses maior que o do seu antecessor, o Código Civil de 1916, para a guarda dos menores ou dos maiores incapazes. Na redação do seu artigo 1584 a expressão “melhor condição para

exercê-la”, possibilita que a guarda filial seja exercida tanto pelo homem como pela mulher e procura resguardar o interesse da criança. Mesmo que no ordenamento jurídico se reconheçam três tipos de guarda de filhos: guarda alternada, guarda dividida e guarda compartilhada, são inúmeras as dificuldades de se encontrar um modelo que assegure integralmente os direitos e os deveres dos pais para com os filhos, após a dissolução da sociedade conjugal. O estudo dos fatores sociais de transformação da família é de fundamental importância para o entendimento e a busca de novos modelos, a fim de melhor adequar a estruturação jurídica à realidade social. Através de pesquisa e estudos na área jurídica e social, procuramos traçar um paralelo entre o ontem e o hoje, buscando-se formas de atuar eficazes e aplicáveis no futuro. Há necessidade de se aplicar a isonomia entre ex-cônjuges no que diz respeito a decisões que influenciam diretamente a vida dos filhos, sejam elas de ordem prática ou pessoal. O que se propõe com a indicação da guarda compartilhada é torná-la recomendável, seja por decisão do juiz ou por eleição entre as partes, para que juntos, pai e mãe não percam os laços de afetividade e responsabilidade para com os filhos, pois a divisão do poder familiar é condição para que a guarda compartilhada se implante de forma permanente.

## BIBLIOGRAFIA:

**SILVA, Eduardo, RAUPP RIOS, Roger;** *A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direito Privado/ Judith Martins – Costa – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.*

**GRISARD FILHO, Waldyr;** *GUARDA COMPARTILHADA: UM NOVO MODELO DE RESPONSABILIDADE PARENTAL – Ed. Revista dos Tribunais.*

**ALCÂNTARA PEREIRA, Ricardo;** *PALESTRA PROFERIDA OAB/NITERÓI*

EM 09/0702001 – *Guarda Compartilhada Sob o Prisma Técnico – Jurídico* - <<http://www.direitoeciberespaço.com.br>>, consultado em 14/05/2003.

**AQUINO NEIVA**, Deirdre de. *A GUARDA COMPARTILHADA, Em Dia – Publicação da Fundação Escola superior do Ministério Público do Distrito Federal e Território*, ano VI n ° 2, Abr/Jun 2002.

**GONTIJO**, Segismundo. *A FAMÍLIA: ONTEM E HOJE, A FAMÍLIA NO BRASIL, GUARDA DE FILHOS*, pesquisa no site <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>, em 26/06/2003.

**IBGE. PESQUISA ELETRÔNICA** <<http://www.sidra.ibge.gov.br>> em 21/06/2003.

**VARELLA**, Flávia. *UM NOVO ARRANJO FAMILIAR* – Apase - <<http://www.apase.com.br>> em 26/06/2003.

**SANTIAGO**, Tilden. *Projeto de Lei do Deputado do PT de MG – pesquisa internet* em 21/05/2003.

**LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**, *Código Civil*, Lei n ° 10.406, de 10/12-2002, 54<sup>a</sup> edição, Ed. Saraiva 2003.

**LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**, *Código Civil de 1916*, Lei n ° 3.071, de 1 ° de janeiro de 1916, 54<sup>a</sup> edição, Ed. Saraiva, 2003.