

A GUARDA COMPARTILHADA COMO FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS GENITORES

GARCIA, Elaini Luizari¹

RESUMO

A abordagem do instituto jurídico da guarda compartilhada, tem por objetivo demonstrar que independente da situação entre os genitores, seja por dissolução da sociedade conjugal, separação judicial, dissolução da união estável ou mesmo que inexistir vínculo jurídico entre os genitores, a sua atuação, responsabilidade e convivência com o filho deve ser exercida em condições de igualdade. Pode parecer uma afirmação óbvia e natural, mas nem sempre essa igualdade invocada e conferida aos genitores, surtiu efeitos práticos, pois até a edição da Lei 11.698/08 que trata da Guarda Compartilhada, o que se tinha era na verdade, uma situação que privilegiava apenas um dos genitores, ou seja, aquele que detinha a guarda do filho e via de regra como a guarda era sempre concedida à mãe, ao pai restava somente exercer a paternidade aos finais de semana, metade dos períodos de férias escolares e datas festivas intercaladas. Essa situação é representada pela Guarda Exclusiva exercida por um dos genitores, resumindo e restringindo a atuação do outro genitor em relação ao filho, tão somente ao Direito de Visitas e fiscalização de seu desenvolvimento, contudo, tal situação afronta expressamente o Princípio da Igualdade entre os pais, desconsiderando os dispositivos legais e constitucionais que tratam da matéria, bem como o Princípio do Melhor interesse do menor. Assim, a Lei busca dar efetividade a igualdade constitucional conferida ao homem e a mulher, possibilitando a igualdade de atuação e convivência dos genitores em relação aos filhos o que acarretará benefícios não só para o cônjuge que não detém a guarda, mas sobretudo ao filho que continuará desfrutando da convivência e afetividade de ambos os genitores.

Palavras-chave: igualdade, melhor interesse do menor, afetividade, família

¹ Docente Msc. no curso de Direito na Associação Cultural e Educacional de Garça-SP.-ACEG

elaini.luizari@hotmail.com.br

ABSTRACT

The approach of the Department's legal custody shared, aims to demonstrate that regardless of the situation between the parents or by society marital dissolution, legal separation, dissolution of stable or even absent legal link between parents, their role, responsibility and living with the child. A statement may seem obvious and natural, but not always relied on the equal and given to parents, have practical effects, because until the edition of the Law 11698/08 which deals with Shared Guard, which had was actually a situation which favored only one parent, or who had the custody of the child and as a rule was always granted custody to the mother, the father left only to pursue the paternity weekends, half of the periods of school holidays and festive dates interspersed. This is represented by sole custody exercised by their parents, summarizing and restricting the actions of the other parent on the child, only to rights of access and monitor its development, however, this affront express the principle of equality between parents, disregarding the constitutional and legal provisions dealing with the matter, without losing sight of the application of the principle of best interests of the child. Thus, the Act seeks to give effect to constitutional equality granted to the man and woman, enabling the coexistence and equal role of parents for children which will benefit not only for the spouse who does not hold the guard, but especially the child will continue living and enjoying the affection both parents.

Keywords: equality, best interest of the child, affection, family

1. INTRODUÇÃO

A situação do filho diante do rompimento conjugal ou afetivo de seus pais, sempre foi marcado pela convivência exclusiva com apenas um deles, em razão da regra da Guarda Exclusiva.

Tal situação para o filho representa grande sofrimento, pois ainda que indiretamente, o rompimento entre os genitores acabava estendendo-se ao filho, causando-lhe danos emocionais, sentimento de rejeição e perda de afetividade.

Do mesmo modo, essa situação para o genitor que não detinha a guarda também lhe causa danos, a começar pela desigualdade de tratamento recebido em relação ao outro genitor que estava com a guarda, pois de uma hora para e sem justificativa legal, o relacionamento do genitor com o filho era alterado e abalado, passando a exercer a paternidade/maternidade apenas aos finais de semana.

Nesse sentido é o teor do artigo 5º inciso I da Constituição Federal do Brasil:

“ Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza(...)

Inciso I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 229 da Constituição Federal do Brasil:

“ Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA Lei 8.069/90 art. 4º

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes á vida, á saúde, á alimentação, á educação, ao esporte, ao lazer, á profissionalização, á cultura, á dignidade, ao respeito, á liberdade, e á convivência familiar e comunitária.”

Os dispositivos contidos no ECA, deram efetividade ao artigo 227 da Constituição Federal, que consolida como dever da família e de toda a sociedade assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, entre eles, o direito de desfrutar da companhia de seus genitores.

Ressalte-se que seguindo a orientação legal quanto a igualdade entre homem e mulher e o próprio Código Civil Brasileiro no art 1.634, trouxe alterações inclusive quanto a autoridade no lar conjugal, antes exercida com exclusividade pelo homem, substituindo-se por isso o instituto jurídico do “Pátrio Poder”, pelo instituto do “ Poder Familiar”.

É importante destacar ainda que o desrespeito ao Princípio da Igualdade Isonomia, afeta também o Princípio do melhor interesse do filho, pois a guarda exclusiva privilegia os interesses do genitor, desconsiderando na maioria das vezes os interesses do filho, que necessita tanto da convivência e participação efetiva da mãe quanto do pai, para que de fato obtenha o perfeito desenvolvimento emocional, social e afetivo.

Essa talvez seja uma das causas pelas quais a família vem sendo “bombardeada” e fragmentada em seus valores e afetos familiares, sobretudo porque o fim da relação afetiva entre os genitores, de modo algum pode comprometer o relacionamento com a prole, pelo contrário, uma vez que a família continua sua existência, porém de modo reconfigurado, pois serão novamente estruturadas por outros relacionamentos de seus genitores, com nova prole que deve ser inserida na estrutura familiar já existente, de modo a incluir relacionamentos e não excluir pessoas e relacionamentos, exatamente como ocorre nesses novos formatos de famílias contemporâneas, também conhecidas por “famílias mosaicos”.

2. DESENVOLVIMENTO

Vê-se daí que se todos os esforços da Lei, levam á igualdade entre homem e mulher, por isso é inconcebível que permaneça qualquer desigualdade entre os genitores no que tange aos filhos, com o exercício da guarda exclusiva por apenas 01 deles, até porque no que tange as obrigações junto aos filhos, mesmo aquele que não detém a guarda não se exime de cumpri-las, ora, isso seria um motivo a mais para invocar igualdade não só nas obrigações, mas também nos direitos em relação aos filhos.

Diz a Lei Civil nesse sentido:

Artigo 1.632 “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre os pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Esses argumentos justificam a edição da Lei 11.698/08 que reconhece a guarda compartilhada como melhor solução para o filho ante a impossibilidade de convivência sob o mesmo teto com ambos os genitores.

Vê-se o ideal de exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar em todo o texto da Lei, sendo por isso necessário um mediador, que se coloca entre as partes e fomenta uma solução auto-composta em tanto os interesses dos genitores quanto do filho sejam preservados, sem um predomine sobre o outro.

Assim, o artigo 1º da referida Lei da Guarda compartilhada, altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, prevendo a possibilidade de 02 espécies de guarda, a saber, a guarda unilateral (exclusiva- art. 1.583 parágrafo 2º) ou a guarda compartilhada (art.1.583 parágrafo 1º segunda parte).

E o artigo disciplina como a efetivação da guarda se dará, pois para que se institua a guarda compartilhada é mister que haja consenso entre os genitores, que seja decretada judicialmente em observância às necessidades do filho, bem como a existência de tempo para o convívio com o filho, reiterando no mais todos os dispositivos atinentes aos direitos e deveres dos pais para como os filhos.

A utilização do instituto prescindirá, pelo menos por ora, de todo empenho dos profissionais do Direito, no sentido de divulgar, incentivar e esclarecer as vantagens da guarda compartilhada e suas implicações, pois tal qual na guarda unilateral, há que se fixar o domicílio do filho junto com um dos genitores, há que se continuar pagando os alimentos por um dos genitores, enfim, a idéia é acentuar a responsabilidade dos pais de modo CONJUNTO em relação aos filhos.

A guarda compartilhada é o que possibilita que ao genitor que não reside com o filho, possa desfrutar da convivência cotidiana com o filho, de modo que não só fatores genéticos, mas também fatores culturais, sua visão de mundo, sonhos, também possam ser transmitidos para o filho em razão do laço de afetividade, pois a paternidade em hipótese alguma se resume apenas no vínculo de parentesco.

Nesse ponto a Lei foi bastante expressa, pois elegeu como um de seus atributos o elemento “tempo” a ser disponibilizado ao filho, como ingrediente que de fato dará robustez no convívio do filho com o pai/mãe. Isso vale como marco para romper de vez com o modelo antigo de guarda, que fazia distinção entre a atuação dos genitores no convívio com o filho.

3. CONCLUSÃO

O desenvolvimento de uma pessoa, implica numa série de necessidades físicas, materiais, psicológicas e afetivas que somente podem ser supridas com a participação conjunta dos pais e da família em geral, por isso é indispensável a presença de ambos os genitores junto ao filho, pois a família sempre será o ponto de apoio do filho.

Por isso a guarda somente pode ser exercida de maneira plena, em benefício do filho, desde quem fundada nos Princípios da Isonomia entre os genitores, o que conduz ao Princípio do melhor interesse do menor.

Família bem estruturada, ainda que os pais sejam separados, representa filhos bem estruturados, seguros em seus relacionamentos, em suas atitudes, por isso o compartilhamento da guarda deve ser a regra desejada pelos genitores.

Mas guarda compartilha, exige que os genitores mantenham um bom relacionamento entre si, sempre focados no melhor interesse do filho, demonstrando assim um nível de maturidade e responsabilidade para com o filho capaz de abstrair as diferenças pessoais entre os genitores, de modo a possibilitar a cooperação e a comunicação necessários para o exercício da autoridade parental conjunta, entendo que essa tarefa como que com sacerdócio, onde todos saem ganhando.

O princípio da igualdade absoluta entre os filhos e entre homens e mulheres, disposto no artigo 226 e 227 da Constituição Federal, não admite qualquer forma de distinção jurídica, na área patrimonial ou pessoal, além do Princípio da afetividade que constitui na diretriz regente das relações familiares, proporcionando reconhecimento legal e jurídico às relações de parentesco. No texto constitucional não consta a palavra afeto como um direito fundamental, mas entende-se que o afeto decorre da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, na jurisprudência brasileira é aplicado com ênfase.

Nesse sentido é o entendimento dos Tribunais

DIVÓRCIO LITIGIOSO. ALTERAÇÃO DE GUARDA. FILHOS MENORES. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. ALIMENTOS. 1. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, pois deve sempre prevalecer o interesse dos infantes acima dos interesses e conveniência dos genitores. 2. Restando comprovado que os infantes mantêm uma relação muito próxima com os genitores, sentindo-se bem na companhia de ambos, e que de fato está ocorrendo o compartilhamento da guarda entre eles, correta a decisão que que fixou a guarda compartilhada e estabeleceu a fixação de pensão alimentícia que a genitora ficou obrigada a prestar. Recurso desprovido. (TJ-RS - AI: 70048972699 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 25/07/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/07/2012)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL EPROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011)

Em agosto de 2011, ao julgar o caso que se tornou paradigma no assunto, os ministros entenderam que a guarda compartilhada é essencial para assegurar à criança o direito de conviver com ambos os pais. Esse recurso se tornou referência para as decisões posteriores do tribunal, inclusive nos casos de indeferimento da guarda compartilhada.

Naquele julgamento de 2011, o STJ estabeleceu que a guarda compartilhada prevista no parágrafo 2º do artigo 1.584 do Código Civil (com a redação então dada pela Lei 11.698/08) deveria ser uma regra, e não mais uma mera possibilidade.

Segundo a ministra Nancy Andrichi, “essa linha jurisprudencial vencia a ideia reinante de que os filhos, de regra, deveriam ficar com a mãe, restringindo-se a participação dos pais a circunstâncias episódicas que, na prática, acabavam por desidratar a legítima e necessária atuação do cônjuge que não detinha a custódia física – normalmente o pai –, fazendo deste um mero coadjuvante na criação dos filhos”, destacando que o importante é garantir o convívio da criança com ambos os pais após a separação.

Nancy Andrichi declarou que a inovação legislativa da guarda compartilhada visou quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos, que gera, segundo a ministra, a figura do “pai de domingo”, ambos os pais têm os mesmos direitos e os mesmos deveres com a criança.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002 vol.05

NEGRÃO, Teothônio. Código Civil e Legislação Complementar em vigor. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRUNSPUN, Haim. Mediação Familiar: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.