



FILHOS EM DISPUTA : A QUESTÃO DA GUARDA COMPARTILHADA (CRICIÚMA-SC-1996-2009)

Rosangela Storck ¹

Esta comunicação foi possível em razão de uma pesquisa que vem sendo desenvolvida junto ao PPGH-UDESC com base em processos judiciais no Fórum da Comarca de Criciúma-SC, após devida a autorização dos juízes da Vara da Família e da Vara da Infância, Juventude e Anexos, mediante sigilo solicitado. Estudar os processos judiciais no que se refere à guarda dos filhos e, principalmente a guarda compartilhada, no Direito de família é voltar o olhar para um tema de extrema relevância, visto que, nos dias atuais, está cada vez mais comum as separações de casais e o surgimento de novas formas de famílias e de convivências surgindo assim à necessidade de tratar dos efeitos jurídicos de uma separação, dentre eles a guarda dos filhos.

Nos poucos processos analisados percebem-se as relações de poder que revelam assimetrias presentes nos discursos de maternidade e paternidade, nos padrões de vida dos envolvidos e que denunciam violências (moral ou simbólica) na experiência infanto-juvenil neste processo, que ao que parece são aqueles que mais sofrem ao verem os pais se separando.

O interesse pelo tema está ligado às inquietações particulares do pesquisador (a) ao presenciar enquanto educador (a), constantemente mudanças comportamentais de crianças devido à separação dos pais, e que acabam abalando o seu cognitivo e emocional, pois passam a fazer parte de uma disputa judicial, ou de um empurra-empurra de casa em casa.

A temática da guarda compartilhada na visão dos operadores do Direito surgiu para aproximar mais os pais de seus filhos, para que o casal não se esqueça que a responsabilidade perante os filhos não se desfaz com o fim da união conjugal. Porém, além da escuta do judiciário temos outras questões a serem pensadas. Questões estas que envolvem a real situação de cada família, ou arranjo familiar que se configura atualmente. Portanto, outros olhares se fazem necessário.

O recorte temporal proposto (1996 a 2009) deve-se ao fato de ser a guarda compartilhada uma modalidade nova, que surgiu em 2002 e que foi alterada em 2008. Portanto a disponibilidade de processos judiciais que envolvem esta modalidade de guarda é muito recente, exigindo uma temporalidade também recente.

¹ Mestranda em História do Tempo Presente pelo PPGH-UDESC.E-mail:rosangela.storck@satc.edu.br



Algumas indagações serviram de suporte para esta pesquisa, tais como: a guarda compartilhada atende aos interesses de todas as famílias atualmente? A guarda compartilhada torna-se viável a que parcela da sociedade (grupo social)? Os pais tornam-se mais próximos de fato na educação dos filhos? A guarda compartilhada é viável para casais que não se entendem, ou para aqueles que aceitaram a separação de fato? E como ficam a criança compartilhando duas casas, duas escolas, duas possíveis famílias? Que possíveis aspectos considera o juiz ao optar pela decisão da guarda compartilhada ao casal? E a vontade da criança esta sendo respeitada?

Revisitando a história é possível perceber que os estudos relativos ao tema família² no Brasil, se reportam ao período colonial enfatizando a existência do modelo patriarcal, que normalmente é compreendido como sinônimo de família extensa, a qual Gilberto Freyre reconhecidamente estudou e divulgou com base nos engenhos coloniais. Nesta estrutura essencialmente patriarcal, identificavam-se na família diversas funções, dentre elas o social, a procriativa e a gerencial, uma vez que constituía o eixo central da sociedade, meio legítimo para a geração de prole, bem como instrumento de aquisição de bens.

O modelo patriarcal perdurou praticamente até o século XIX, centrado na figura masculina do pai ou do marido, ficando a mulher praticamente invisível, conforme citação abaixo:

a relação de poder já implícita no escravismo, presente entre nós desde o século XVI, reproduzia-se nas relações mais íntimas entre maridos, condenando a esposa a ser uma escrava doméstica exemplarmente obediente e submissa. Sua existência justificava-se por cuidar da casa, cozinhar, lavar a roupa e servir ao chefe da família com seu sexo.³

É importante destacar, que a família colonial se desenvolveu sob forte influência das relações patrimoniais características do Império português, fruto da expansão comercial e marítima ocorrida num território marcado inicialmente pela ausência de propriedade privada, cujo acúmulo norteou as famílias brasileiras durante séculos.

As funções e a estrutura do grupo familiar variam muito de uma sociedade para outra. A única função que se mostra constante a todos os tipos de família é a de procriar, porém, o atendimento e os cuidados às necessidades dos filhos não esteve presente em todos os momentos da história da família ocidental. Assim, os sentimentos da família modificaram-se profundamente na medida em que alteraram as relações com a criança.

² Entende-se como família um grupo social de indivíduos com afinidades em comum que não envolve somente a figura do pai, mãe e filhos.

³ DEL PRIORE, Mary. História do Amor no Brasil. São Paulo: Contexto, 2005, p.22.



A entrada do século XX trará muitas transformações demográficas, econômicas e sociais que se refletirão na estrutura e no funcionamento da família. Com o processo de industrialização e o crescimento da economia, o papel da mulher será redefinido, possibilitando sua inserção no mercado de trabalho.

O trabalho da mulher fora de casa, a troca de um salário teve um grande impulso entre 1914 e 1919 (primeira guerra mundial) quando muitos homens foram chamados para o serviço militar para irem para a guerra. Então, as mulheres eram contratadas para fazer o trabalho assalariado, tendo que sair do recinto da casa, distanciando do lar e dos filhos.

Para Cynthia Sarti (2000) na família moderna, seus elementos vem buscando satisfazer sua individualidade, já não estão mais tão preocupados uns com os outros, os papéis de homem e mulher já não estão mais tão definidos no contexto familiar, pois a saída da mulher de casa irá distanciar os relacionamentos até mesmo com os filhos, as tarefas terão que ser redistribuídas, e aos poucos o efeito “perverso” da modernidade contribuirá para os rompimentos familiares e conjugais.

Percebe-se que a família do Código Civil de 1916 se revela como fonte de domínio, instituição e abrigo de riquezas, sem dar a devida atenção a seus membros individualizados, pois careciam ainda de reconhecimento como pessoas dignas de tutela. Tal direito consagrou-se somente em nosso ordenamento jurídico quando surge a Constituição Federal de 1988, reconhecendo a família como base da sociedade.

Com a chamada revolução sexual em meados de 1960, a descoberta da pílula anticoncepcional e outros métodos de contracepção, além do já mencionado ingresso da mulher no mercado de trabalho, houve uma maior autonomia para a mulher, que passou a ter liberdade sexual e a ter a prerrogativa de comportar-se de forma semelhante aos homens. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o surgimento dos novos paradigmas da família, quer pela emancipação da mulher, quer pelo surgimento dos métodos contraceptivos, levou à dissolubilidade do vínculo do casamento”.

O movimento feminista brasileiro, enquanto um novo movimento social irá extrapolar limites pelo próprio conceito. Foi muito além da demanda e da pressão política em defesa de seus interesses específicos. Entrou no estado, interagiu com ele e ao mesmo tempo permaneceu como movimento autônomo. Com suas conquistas elaborou e executou políticas, reivindicando, propondo, pressionando, monitorando a atuação do Estado, não só pretendendo garantir suas demandas, mas acompanhando a forma como elas estavam sendo atendidas.



Aos poucos a mulher iria se mostrar presente em suas lutas. E com a Emenda Constitucional no. 9, da Constituição Federal de 1967, surge a Lei no. 6.515, a chamada Lei do Divórcio, que introduziu a separação judicial e a dissolução do matrimônio em nosso ordenamento jurídico. Chegava ao fim à era de manutenção do casamento a qualquer custo, que por questões sociais e patrimoniais sacrificava a felicidade de muitos. Muito embora, sabemos quem ainda hoje, muitos preferem manter uma relação sem afeto a ter que dividir seus patrimônios, ou ser rejeitado socialmente.

Ao permitir o divórcio, esta nova legislação mostra os indícios destas transformações, uma vez que, muitos casais reorganizam suas vidas recompondo suas famílias, e neste contexto continuam seguindo o modelo nuclear de família, mesmo com os filhos da união anterior, que passam na maioria das vezes a habitar e fazer parte da mesma família.

O conceito de família sofreu alterações ao longo da história, passando dos laços consanguíneos aos laços da afetividade. É claro que a alteração está ligada as transformações de ocorreram na família brasileira, onde novos arranjos surgiram, após a Lei do Divórcio, e novas composições familiares se formaram, e junto com as novas composições ou arranjos familiares, vêm também os filhos, que passam a conviver juntos na maioria das vezes.

O Código Civil de 1916 instituía o “pátrio poder” que era exercido somente pelo pai, e no Código Civil de 2002 implantou-se a expressão “poder familiar” em vez de pátrio poder, passando o “poder familiar” a ser exercido igualmente pela mãe e pelo pai, sendo que, inclusive a mãe solteira e seu filho também passaram a ser considerados uma família (arts. 1630 a 1638 do CC-2002)

As mudanças mais significativas do Código civil se darão no âmbito familiar, quando da entrada em vigor do Novo Código, ocorrida em janeiro de 2003, as mulheres e homens passaram a ter direitos iguais no que se refere à obrigatoriedade do pagamento de pensão alimentícia e da guarda dos filhos. Os filhos serão entregues a pessoa que tiver melhores condições para criá-los seja a mãe ou o pai. Desta forma, se as crianças ficarem com o pai, a mãe terá de pagar pensão alimentícia. Para a guarda dos filhos que era da mãe, atualmente não existe mais a regra de que a guarda ficará com o cônjuge que não deu causa à separação (art. 10, caput, da Lei do Divórcio), sendo que a regra é fixada pelos pais, e no caso de não haver acordo, a mesma será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584, caput, do CC de 2002).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 § 3º reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, também a reconheceu como tal o Código Civil de 2002, em seu artigo 1723, definindo a união estável como uma relação de pessoas de sexos distintos que



tenham convivência pública, contínua e duradoura com ânimo de constituição de família. No entanto, sabe-se que as relações “informais” ou as uniões de fato sempre existiram, ainda que sem o amparo da lei. Neste sentido, comenta Maria Helena Diniz:

A Constituição Federal inovou ao compreender no conceito de família em sentido restrito não apenas o núcleo formado por pais e filhos a partir do casamento, mas também as entidades familiares, assim entendidas como as que são formadas pela união estável, e também a comunidade monoparental, representada por qualquer um dos pais e seus descendentes.⁴

Percebe-se que a instituição família não passou incólume pela evolução dos tempos, existem muitos modelos de famílias na atualidade e todos estes modelos têm garantia de proteção do Estado assegurada na Constituição.

Na separação consensual, a Lei do Divórcio, de 1977, permitia-se que os cônjuges determinassem livremente o modo pelo qual a guarda dos filhos seria exercida, em solução confirmada pelo novo código. Na separação judicial, a Lei do Divórcio atribuiu a guarda ao cônjuge que não tenha causado a separação e, sendo ambos responsáveis, determinou que os filhos menores, não havendo acordo entre os pais, ficariam em poder da mãe. O novo código determina que, na falta de acordo entre os cônjuges, na separação ou no divórcio, a guarda "será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la". O juiz pode também atribuir a guarda dos filhos a outra pessoa. As melhores condições não são apenas econômicas, o juiz levará em conta os interesses do menor. (art. 1.584, caput, do CC de 2002). Porém com a alteração de junho de 2008 no CC⁵, quando não houver acordo entre a mãe e o pai em relação à guarda do filho, esta será sempre que possível compartilhada.

Diante de toda essa conjuntura, verifica-se a necessidade da utilização nas relações familiares de instrumentos adequados de solução de conflitos. Aos operadores do direito, a guarda compartilhada se apresenta como um meio na resolução de conflitos, embora entre alguns ao que se percebe existem divergências ainda quanto a sua aplicação.

A guarda compartilhada nasceu a pouco mais de 20 anos na Inglaterra, se trasladou para a Europa continental, desenvolvendo-se na França e atravessando o Atlântico, encontrou eco no Canadá e nos Estados Unidos, sendo instituto novo, em face da problematidade humana sentimental, emocional, moral, psicológica, social.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 17 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10.

⁵ Lei 11.698, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato20072010/2008/lei/L11698.htm- Acesso em 30/09/2009.



A guarda compartilhada no Brasil consiste num procedimento surgido em 2002 com o novo Código Civil, e que sofreu algumas alterações com a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que em seu artigo 1583 diz o seguinte: “A guarda será unilateral ou compartilhada”.

A guarda de filhos, no direito brasileiro, é, atualmente, regulamentada pela Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio (4)), que assim dispõe: Art. 9º. No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Este dispositivo já era previsto pelo Código Civil de 1916 (art. 325) e relega a fixação da guarda dos filhos ao entendimento dos pais, quando da dissolução da sociedade conjugal por mútuo consentimento. Pode também ser aplicado em ações litigiosas quando a questão da guarda for incontroversa (acordo parcial).

Existindo o consenso entre os pais, a solução quanto ao regime de guarda dos filhos não assume maior relevância: a conveniência da opção pela guarda compartilhada é relegada ao entendimento dos genitores, ficando sua regulamentação condicionada à manifestação favorável do Ministério Público e do próprio juiz, os quais poderão compor eventuais incompatibilidades e até mesmo indeferir a pretensão.

Ao que parece a guarda conjunta, em alguns casos, pode conciliar o interesse dos pais. O problema assume relevância quando os pais revelam desavenças inconciliáveis, transformando o já difícil processo de separação numa disputa sem fim. Para estes casos, a guarda compartilhada não parece ser conveniente.

Os conflitos familiares são bastante complexos, tendo em vista que envolve emoções e sentimentos ocultos, tais como: mágoas, dores, vinganças, dentre outros. Muitas vezes, ele não eclode por um único motivo, sendo um conjunto de mágoas somadas ao dia a dia. Pode-se também constatar estas mágoas e dores nos processos analisados, pois após a separação é que as divergências e acusações aparecem, sendo jogadas de um para o outro, através dos discursos de maternidade e da paternidade, ficando os filhos com os traumas da experiência vivida.

Os primeiros estudos sobre a guarda compartilhada eram praticamente unânimes neste pensar.

As desvantagens da guarda compartilhada se centram na impossibilidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais; na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como um meio para negociar menores valores de pensão alimentícia; e na inviabilidade da guarda conjunta para famílias de classes econômicas mais baixas.⁶

⁶ NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (coord.) A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: renovar, 1997, p.128-149.



Ao que parece a guarda conjunta, em alguns casos, pode conciliar o interesse dos pais. O problema assume relevância quando os pais revelam desavenças inconciliáveis, transformando o já difícil processo de separação numa disputa sem fim. Para estes casos, a guarda compartilhada não parece ser conveniente.

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos mesmos. Para essas famílias, destroçadas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.⁷

Desta realidade advém uma das cautelas que se deve ter na condução de um processo envolvendo guarda de filhos: tentar estabelecer um regime que relegue aos menores um ambiente melhor do que aquele vivenciado no período anterior a separação dos seus pais. Se a separação do casal ocorreu em um ambiente conturbado, a guarda compartilhada não se apresenta como uma solução viável, pois o nível de desentendimento entre as partes não comportaria uma divisão racional de direitos e responsabilidades sem restabelecer aquele ambiente, indesejado pelos próprios infantes.

Esta percepção também se constata em dois processos verificados para início desta pesquisa, após muitas idas e vindas ao Tribunal da Vara da Família, o juiz conseguiu resolver o conflito de um casal concedendo ao infante ficar: no primeiro semestre com a mãe, e no segundo semestre com o pai, pois residiam em cidades distantes não sendo possível uma convivência freqüente.

Em um outro processo percebe-se que a falta de entendimento dos pais, e após estudos sociais, o juiz opta por ouvir a criança, que demonstra desejo em residir um ano em cada cidade para poder estar com os dois, e ao que tudo indica o juiz poderá optar pela guarda compartilhada, porém o processo ainda está em aberto até o momento final da pesquisa.

Cumprе ressaltar, por fim, que o cônjuge não-guardião não perde o pátrio poder. Assim, mesmo não podendo tomar diretamente as decisões envolvendo os interesses dos menores, aquele poderá questionar, judicialmente, qualquer postura tomada pelo guardião que entenda ser contrária aos interesses dos filhos, pois assim permite o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, desde que devidamente fundamentado. Também cabe ao juiz a qualquer momento em que se verificar necessário alterar a decisão formulada em relação à guarda dos filhos, visando sempre o bem estar do menor.

⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.3.ed.São Paulo:RT,2005, p..194.



Ao que parecer mesmo entre os operadores do direito a guarda compartilhada apresenta algumas controvérsias e retrocessos, embora se apresente como uma alternativa para resolver os inúmeros conflitos entre casais na história do tempo presente.

O espaço da mulher não é mais somente a casa como em outras épocas, e ela busca a sua própria individualidade, portanto mesmo após uma separação ela precisa ter um bom relacionamento com seu ex-companheiro para estar assim garantindo uma boa educação para os filhos. Lamentavelmente, não é o que percebe pelos processos analisados, pelo contrário a falta de entendimento dos pais é intensa, e uma constante disputa acaba ocorrendo entre os cônjuges na guarda dos filhos, principalmente nos casos de traição, onde se torna mais acirrada, e às vezes prejudicam os filhos. Portanto, as decisões em relação à guarda dos filhos necessitam ser coerentes e bem pensadas, para não vir a prejudicar nenhuma das partes envolvidas e nem causar abalo ao infante.

Ao que se percebe na pesquisa, o juiz antes da tomada de decisão procura fazer várias solicitações de estudo com parceiros como Assistentes Sociais, ou Ministério Público para averiguar de fato as reais condições, a “verdade” dos fatos e ou das acusações, para que somente após os devidos cuidados ele possa estar dando a sentença final para cada caso em questão. Percebe-se também a grande importância no papel de investigação (discurso) da Assistente Social nesta tarefa, ao fazer suas visitas e coletar dados para serem levados ao juiz, às vezes repetidamente. Ou seja, não basta somente a palavras (discurso) do advogado do requerente, as averiguações são necessárias para se constatar a dita “verdade” da causa em questão. Percebe-se também que a busca pela guarda na Comarca de Criciúma-SC, é muito variada, indo além do pai e da mãe, envolve avós, tios, parentes, madrinha, e finalmente quando envolve o menor em situação de risco é então levado a Vara da Infância, Juventude e Anexos, onde então a criança poderá ser levada a uma instituição pública até ser encaminhada a uma família substituta, que poderá adotá-la definitivamente.

Quanto à guarda compartilhada que foi o tema mais relevante a ser proposto, nota-se que de fato é muito recente e, portanto, poucos casos foram constatados nos processos analisados. Porém, é uma modalidade concedida na falta de acordo entre os cônjuges, e verifica-se que em alguns casos a criança fica um determinado tempo em cada cidade. O que nos deixa com uma interrogação: Esta opção é de fato uma boa alternativa para a criança, duas cidades, duas escolas alternadas no ano? Porém percebe-se que a falta de acordo entre os pais acarreta abalo para o filho. Mas o juiz procura sempre mediar a relação para que os pais dividam as tarefas e não criem problemas em relação a horários de visitas, embora nem sempre obtenha êxito, de fato.



Aparentemente em alguns casos a guarda compartilhada apresenta-se possível e viável, porém em outros não. Também tem-se a questão do nível social das famílias, a dificuldade de distância nas moradias, o ir e vir buscar a criança para escola, o que não é fácil de aplicar ao que parece em famílias mais pobres. Talvez em famílias de classe média, que moram próximas, esta modalidade de guarda, quando o rompimento conjugal dá-se de forma tranqüila, torne-se viável a aplicação da modalidade. Já em outras famílias, talvez no caso de uma grande maioria, onde as condições financeiras são deficientes, e onde existem os maiores problemas em relação à guarda dos filhos, esta modalidade precise ainda de mais atenção dos operadores de direito.

Refêrencias

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). 33ª ed. São Paulo: Saraiva 2004.

_____. **Código Civil** (2002). Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2002, 342 p.-(Série fontes de referência. Legislação: n.43).

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005, p.22.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Rio de Janeiro: Record, 1995.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 15ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.p.194.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. In: BARRETO, Vicente (coord.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.128-149.

RIZINI, Irene; VALENTE, Maria L. C. S. **Recasamento: Impacto sobre as crianças**. In: SOUZA, Ivone M.C. **Casamento, uma escuta além do Judiciário**. Florianópolis: Voxlegen, 2006, p.470.

SARTI, Cynthia Andersen. **A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres**. São Paulo: Cortez, 2003.