

Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil

Pedro Augusto Lemos Carcereri

Sumário:

1. Guarda Compartilhada. 1.1. Conceito. Evolução. Características. 1.2. A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro. 1.3. Possibilidade jurídica em ação de separação judicial consensual. 1.4. Possibilidade jurídica em ação de separação judicial litigiosa. 1.5. Conveniência da opção pela guarda compartilhada. Literatura, doutrina e jurisprudência. 2. Instrução Processual. 2.1. A oitiva dos filhos em juízo. 2.2. Sindicância Social. **1. GUARDA COMPARTILHADA.**

1.1 - Conceito. Evolução. Características.

"Guarda compartilhada", ou "guarda conjunta", consiste na situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam o direito a guarda e a responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse (exemplo: o filho passa uma semana com o pai e outra com a mãe, sucessivamente).

A atuação decisiva do movimento feminista, aliada a circunstâncias sócio-culturais, culminou em profundas reformas no Direito de Família, ocorridas a partir de 1962, com a superveniência da Lei 4.121, que alterou a regulamentação do regime de guarda de filhos (art. 326 do Código Civil).

Posteriormente, com a Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), o legislador procurou preservar esta evolução, regulamentando a guarda dos filhos através de hipóteses abrangentes, mas relativas, posto que permitem ao magistrado socorrer-se de outras formas de fixação do regime de guarda, de acordo com o caso concreto.

A velocidade das mudanças sociológicas (v.g., as "novas famílias"; a união estável; a situação edêmica do divórcio e o liberalismo feminino) e seus reflexos no Direito de Família, impuseram a intervenção da doutrina e da jurisprudência, que trataram de criar e ampliar hipóteses de fixação do regime de guarda de filhos.

A guarda compartilhada apresentou-se como uma destas hipóteses.

Dividir-se a guarda dos filhos entre os cônjuges separandos não é um tema recente na literatura brasileira. Especialistas em psico-pediatria, como Rinaldo De Lamare, abordaram questões envolvendo os efeitos da guarda conjunta em suas primeiras obras.

A discussão retornou aos campos acadêmicos quando se verificou, na jurisprudência alienígena, julgados abordando a matéria (principalmente em precedentes norte-americanos, com a chamada *joint custody* ou *shared parenting*), com análises que levam em consideração a nova ordem social, reconhecidamente mais liberal, e que deram campo ao surgimento de inúmeras associações destinadas a proteção dos direitos dos cônjuges que não possuem a custódia dos filhos. Dentre outras, destacam-se: a) Estados Unidos: ANCP - Alliance for Non-Custodial Parents Right; Men's Defence Association; Divorced Dad's Are Not Dead; b) Noruega: The Joint Custody Association of Norway; c) Itália: Crescere Insieme; d) Alemanha: Väteraufbruch für Kinder; e) Inglaterra: Shared Parenting Information Group.

A grande diferença da guarda compartilhada para a guarda exclusiva (ou uni-parental, exercida por apenas um dos cônjuges) é que, naquela, há uma divisão eqüitativa do tempo de convívio com os filhos entre os separandos. Nesta, a alternância temporal da posse dos filhos pende para quem conserva o direito de guarda, em detrimento daquele cônjuge ao qual é assegurado o direito de visitas, bem mais limitado.

Cumprido saber, agora, em que condições a legislação brasileira permite a opção pela guarda compartilhada e a sua conveniência diante dos interesses dos filhos, que predominam sobre os interesses dos pais.

Ressalta-se que a matéria envolvendo a guarda de filhos é aplicável não somente às ações de separação judicial, mas, também, às ações de dissolução de sociedade de fato, pois diz respeito ao pátrio poder e não ao vínculo existente entre os cônjuges.

1.2 - A guarda compartilhada na legislação brasileira.

A guarda de filhos, no direito brasileiro, está regulamentada na Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio). Difere da guarda prevista na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), referente a menores em situação irregular (abandonados ou infratores). Assim dispõe a Lei do Divórcio sobre a guarda de filhos:

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 artigo relega a fixação da guarda dos filhos ao entendimento dos pais, em ações de separação judicial por mútuo consentimento. Pode ocorrer em separação judicial litigiosa, quando a questão da guarda for incontroversa.

Art. 10. Na separação judicial fundada no 'caput' do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges".

Nos casos de separação judicial litigiosa, intentada com base em atitude culposa de uma das partes, a guarda deverá ser atribuída ao cônjuge que não deu causa à separação, ou seja, que não praticou os atos ofensivos aos deveres do casamento (CC, art. 231). Muito embora a jurisprudência venha suavizando a aplicação deste artigo, em detrimento dos interesses dos menores, o dispositivo não se transformou em letra morta, e, portanto, exige atenção na instrução do processo para determinar-se a culpa pela separação.

Se ambos os cônjuges forem considerados culpados pela separação, a guarda deve ser atribuída à mãe. Esta determinação legal, de cunho sociológico, respalda a presunção (relativa) referente aos atributos maternos e seus reflexos benéficos na criação dos filhos. Trata-se, ademais, de uma garantia, uma segurança a mais à mulher para a propositura da ação de separação, fazendo cessar situações domésticas atentatórias a sua dignidade e segurança.

Por analogia, o mesmo entendimento deve ser aplicado no caso de separação judicial sem culpa (ação deflagrada com base no falecimento da sociedade conjugal sem que ocorra ofensa aos deveres do casamento por um dos cônjuges).

O parágrafo primeiro deste artigo prevê uma exceção ao deferimento da guarda à mãe, em caso de separação judicial por culpa recíproca ("*...salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles*"). A subjetividade do dispositivo, pelos mesmos argumentos supra expostos, pende para a mãe, de forma que somente em casos excepcionais (abandono; falha grave nos cuidados com a saúde da criança; etc.) a guarda lhe deve ser negada.

Estando ambos os genitores impedidos de exercerem a guarda do filho, esta deve ser deferida à pessoa idônea da família. Claro que este impedimento é provisório (v.g., prisão, internação para tratamento psicológico ou de dependência química), pois, se for definitivo, aplicar-se-á o disposto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à guarda, tutela ou adoção. Na falta da lei disciplinar qual dos parentes terá preferência à guarda (refere-se, genericamente, a '*pessoa idônea da família*'), o juiz pode valer-se, analogicamente, das disposições do Código Civil sobre a tutela (art. 409):

"Em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:

I - ao avô paterno, depois ao materno, e, na falta deste, à avó paterna, ou materna;

II - aos irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço;

III - aos tios, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço".

Isto não exclui a atribuição da guarda à pessoa que já esteja na posse fática da criança por longo período. E estando o menor na posse de terceiro, a regulamentação da guarda deve obedecer ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (como nos casos de pedido de guarda para fins previdenciários).

Art. 11. Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no §1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum".

Este artigo respalda o direito do cônjuge que ficou com a guarda dos filhos quando da ruptura da vida em comum (separação de fato). Visa preservar o *status* da criança com relação ao seu guardião, e é aplicado com mais freqüência nas ações de divórcio direto (Lei 6.515/77, art. 40).

A rigor, inexistente norma regulando o regime de guarda de filhos no caso de separação de fato.

Na prática, o cônjuge que ficou com a posse dos filhos exerce, também, sua guarda, podendo valer-se das vias processuais para defendê-la, inclusive contra o ex-cônjuge.

Art. 12. Na separação judicial fundada no §2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

O exercício do direito de guarda de filhos exige que o guardião seja considerado capaz para a prática dos atos da vida civil. Quando um dos cônjuges for declarado incapaz (ex.: acometido de doença mental), a guarda será deferida ao cônjuge que estiver em condições de exercê-la.

Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

De acordo com o disposto no artigo 10 supra, se a mãe fosse considerada culpada pela separação, a guarda dos filhos deveria ser atribuída ao pai. Entretanto, não raro, a realidade fática lançada nos autos demonstra que, mesmos em tais casos, seria mais conveniente ao bem estar dos filhos se estes permanecessem na companhia da mãe. É o caso, por exemplo, do representante comercial, cuja atividade impõe viagens freqüentes, circunstância que o impossibilita de exercer a guarda dos filhos. E a ausência constante do pai constitui motivo grave para a fixação da guarda de forma diferente da constante nos artigos 10 e seguintes da Lei 6.515/77.

Desta feita, a norma-sanção constante no *caput* do artigo 10 da Lei 6.515/77, realmente ortodoxa, padeceria diante dos interesses dos filhos. Eis, então, o porquê do disposto no artigo 13 supra: permitir que o magistrado, diante de tais contradições, decida de forma diferente das hipóteses constantes na lei, referente a regulamentação da guarda de filhos.

A subjetividade deste dispositivo, materializada nas expressões '*motivos graves*' e '*a bem dos filhos*', remete a análise das circunstâncias fáticas de cada processo. Constituem '*motivos graves*' as situações que atentem contra o bem estar da criança, cuja regulamentação da guarda não encontra guarita nos artigos anteriores. Enquadra-se, também, nesta hipótese, o caso da guarda fática estar sendo exercida por parentes (avós p. ex.) há muitos anos, cuja alteração do *status quo* poderia trazer prejuízos aos menores.

Outrossim, este artigo aplica-se a todas as hipóteses, tenha, ou não, a sentença transitada em julgado (Theotônio Negrão, in "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor". 24ª ed.; pág.. 817, nota. 13:1).

A reiteração de julgados respaldando a manutenção do *status* da criança perante seu guardião elevou este entendimento ao grau de princípio geral de direito. Por conseguinte, uma vez fixada a guarda por sentença judicial, somente situações excepcionais justificam sua alteração. Para tanto, o interessado deverá ingressar, ou com ação rescisória (caso os elementos fáticos que amparam o pedido tenham origem anterior à sentença que se quer modificar), sujeitando-se ao prazo decadencial (CPC, art. 495); ou com ação ordinária, onde será postulada a alteração da guarda com base em situações ocorridas posteriormente a sentença:

"Em se tratando de desquite litigioso, a desconstituição do julgado só é possível através de ação rescisória. Inconfundível é ela com a ação ordinária de modificação. Esta não ataca a coisa julgada; visa a modificar situações permanentes quer no concernente a alimentos, quer relativamente à guarda de filhos do casal, em razão de fatos novos ocorridos depois da sentença proferida na ação de desquite". (STF. RTJ 93/588, Rel. Min. Soares Muñoz).

Em ambos os casos, é admissível a antecipação da tutela jurisdicional (CPC, art. 273), caso sejam atendidos os requisitos legais.

Art. 14. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 e 13.

Parágrafo único. Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.

As causas de anulação do casamento estão previstas no Código Civil (arts. 207 a 224). Anulado o casamento, a regra geral (relativa) é que a guarda deve ser deferida ao cônjuge que não deu causa à anulação (tal e qual a separação judicial). Em casos excepcionais, a bem do filho, será a guarda disciplinada de forma diferente.

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Este artigo regulamenta o direito do cônjuge que não exerce a guarda do filho poder tê-lo sob sua companhia em determinadas datas e/ou situações. Trata-se de direito fundamental do genitor não-guardião de acompanhar o desenvolvimento do filho, bem como deste de ter contato com ambos genitores.

Infelizmente, muitos pais valem-se do direito de visitas para atingir o ex-cônjuge, seja dificultando as visitas, seja retardando a restituição do filho ao guardião.

Caso o cônjuge não-guardião deixe de restituir o filho no prazo estabelecido, poderá o guardião valer-se da ação de busca e apreensão de menores (CPC, art. 839), com natureza visivelmente satisfativa.

Quando é o cônjuge guardião que dificulta o exercício do direito de visitas pelo cônjuge não-guardião, este poderá ingressar com pedido de execução da decisão que fixou a guarda. A sentença que conceder o pedido determinará ao cônjuge guardião que cumpra a decisão judicial, podendo fixar multa cominatória (CPC, art. 644). O procedimento é demorado e pode frustrar os planos previamente assumidos com os filhos. O ideal seria a legislação prever um procedimento célere permitindo seu exercício imediato. De todo o modo, tratando-se de obrigação de fazer, poderá ser fixado, na sentença, preceito cominatório para o caso do não cumprimento da medida, o que, de certa forma, poderá inibir a atuação nefasta do guardião.

Em ambos os casos (não restituição dos filhos no prazo e obste injustificada às visitas), a reincidência pode ensejar na revisão da guarda ou do regime de visitas, pois a utilização do filho para atingir o ex-cônjuge revela inaptidão para o exercício destes direitos.

Cumpra observar, por fim, que a jurisprudência pacificou o entendimento de que o direito de visitas poderá ser exercido também pelos avós, que possuem, inclusive, legitimidade processual para postular neste sentido.

Art. 16. As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos.

Dos artigos supra analisados, extrai-se que o direito positivo brasileiro não contém dispositivo legal abordando a guarda compartilhada, ao contrário de outros países, como os Estados Unidos, cuja matéria já era regulamentada em 1985, em sessenta por cento dos seus estados (*cit. in "A guarda conjunta de menores"*, por Sérgio G. Pereira, *Ajuris*, 36/53).

Entretanto, mesmo não contendo dispositivo específico sobre o tema, a legislação brasileira não veda a opção pela guarda compartilhada, abrindo, pois, possibilidade jurídica para sua regulamentação, dentro dos parâmetros a seguir dispostos.

1.3 - Possibilidade jurídica da guarda compartilhada em ação de separação consensual.

Havendo acordo entre os pais, em benefício dos filhos, a opção pela guarda conjunta é juridicamente possível, face ao permissivo constante no artigo 9º da Lei 6.515/77.

E, para estes casos, muitos são os defensores da medida, como WALDYR GRISARD FILHO, que expôs seu pensamento em recente publicação:

"Embora inexista norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso Direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família".

Mas ressalva:

"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 da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos". ("Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental". RT. 2000., p. 140/174).

Cumpra observar que mesmo havendo proposição de ambos os separandos pela regulamentação da guarda na forma compartilhada, o magistrado não estará obrigado a homologar o acordo, se verificar a ocorrência de prejuízos aos filhos, tendo em vista tratar-se de questão de ordem pública (RJTJSP 22/204).

1.4 - Possibilidade jurídica da guarda compartilhada em ação de separação litigiosa.

Caso uma das partes insista pela guarda exclusiva, a opção judicial pela guarda compartilhada resultará inviável. E isto por três motivos:

a) a sentença não pode impor a parte o exercício de um direito (mesmo admitindo-se a possibilidade do pedido de regulamentação da guarda compartilhada, tanto na inicial quanto em reconvenção, eventual decisão procedente careceria de executoriedade, tal e qual as sentenças de que regulamentam o direito de visitas);

b) seria absolutamente contraditória, tendo em vista que as partes, em ações de separação litigiosa, revelam graves desavenças, e, assim, pretendem romper, definitivamente, o vínculo matrimonial. Em tais circunstâncias, a fixação compulsória da guarda compartilhada obrigaria a um convívio maior do que o desejado (no direito de visitas o contato entre os ex-cônjuges é

bem menor);

c) a simples conveniência pela guarda compartilhada não constitui 'motivo grave' suficiente para o magistrado valer-se do disposto no artigo 13 da Lei 6.515/77.

Mas estes não são os únicos argumentos.

Com a separação, torna-se inviável a co-gestão dos interesses dos filhos, mesmo no caso de guarda compartilhada. Isto porquê, a guarda de filhos pressupõe o exercício individual de cada cônjuge separando em determinado lapso temporal. Assim, as decisões envolvendo os interesses dos filhos serão tomadas, em determinado momento, por um dos cônjuges, exclusivamente, restando ao outro o direito de fiscalização.

Pensar o contrário levaria a conclusão lógica de que, não chegando os pais a um acordo, a divergência teria de ser resolvida judicialmente. Tal circunstância resultaria, certamente, numa situação de completa instabilidade, devido à duplicidade de autoridade a que estariam submetidos os filhos, o que, obviamente, lhes é prejudicial. Neste sentido, anotou SEGISMUNDO GONTIJO:

"Num dos casos, litigou-se por mais de um ano sobre qual a escola para o filho: se aquela onde a mãe o matriculou, perto da sua casa, ou a escolhida pelo pai, próxima a dele! Noutro, o Desembargador Bady Cury decidiu: 'Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que o acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável'". (Informativo ADV-COAD, nº 44, p. 563).

SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, em artigo pioneiro, entende o contrário:

"Não procede a asserção. Basta aplicar, analogicamente, o art. 380, parágrafo único, do CC: 'Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao Juiz para solução da divergência'. Portanto, em caso de conflito de volições entre os pais, o magistrado comporia o litígio". (Ajuris, 36/53).

O artigo supra citado foi produzido antes da Constituição Federal de 1988, que não recepcionou o disposto no artigo 380 do Código Civil, mas, ao contrário, impôs aos pais a necessidade da gestão bipartida dos interesses dos filhos (CF, art. 5º, inciso I e 226, §5º). Ademais, o parágrafo único do artigo 380 do Código Civil raramente era aplicado, pois divergências extremas entre o casal revelam a falência da sociedade conjugal, sendo que a mulher, ao invés de valer-se do Poder Judiciário para rever a decisão do marido, simplesmente optava pelo desquite.

Outro problema que decorreria da co-gestão dos interesses dos filhos na guarda compartilhada consiste na responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos (CC, art. 1521). Permanecendo a co-gestão, ambos os pais seriam responsáveis, mesmo que o ato tivesse sido praticado quando no exercício da posse dos filhos por um dos ex-cônjuges, o que é absolutamente injusto.

Isto sem falar na dificuldade que teriam os terceiros para determinar quem, de fato, seria o representante dos filhos para os atos da vida civil.

Sem embargo, havendo discórdia entre os pais, a alternância temporal da guarda pode implicar em atitudes atentatórias à saúde psico-emocional do menor: chantagens (não deixar que o filho leve os brinquedos para sua 'outra casa'); perda dos referenciais; dificuldades de adaptação; etc. Assim entende EDWARD TEYBER:

"Este sistema tem sido adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente". ("Ajudando as Crianças a Conviver Com o Divórcio". Nobel, 1995., Cit in "Waldir G. Filho - Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. RT., 2000").

Além disso, a determinação compulsória da guarda compartilhada pode enfrentar obstáculos fáticos intransponíveis, como a mudança de domicílio de uma das partes separandas, cuja fixação levaria o filho a alternar não apenas o local físico (casa), mas, também, a própria cidade.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) possui entendimento consolidado quanto a regulamentação da guarda exclusiva e a preferência da mãe para o seu exercício (JC 41/150). Recentemente, contudo, o TJSC esboçou mudança desta postura, ao apreciar os Embargos Infringentes nº 97.002157-7, da Capital:

"Situações excepcionalíssimas, lastreadas em estudos abalizados, permitem a alternância da guarda de infante por prazo determinado, haja vista preponderar o seu sadio desenvolvimento físico-psicológico em contraste com o hermetismo de normas jurídicas ortodoxas". (voto vencido proferido pelo Des. Eder Graf - relator).

No corpo deste voto consta conclusão de estudo realizado por SERGIO EDUARDO NICK (baseado em estudo norte-americano), citando vantagens na fixação da guarda compartilhada: melhoras na auto-estima; paciência; atividade e desenvolvimento psico-emocional, dentre outras. A citação, contudo, não menciona dados importantes para a análise das conclusões, como, por exemplo, se o estudo foi realizado em casos de separação litigiosa ou consensual. Este entendimento, entretanto, restou vencido, tendo o TJSC mantido sua posição, que respalda os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes:

EMBARGOS INFRINGENTES - GUARDA DE FILHO MENOR - CULPA DE AMBOS OS CÔNJUGES, NA SEPARAÇÃO - DISCUSSÃO ACERCA DA PERMISSIBILIDADE DO INFANTE PERMANECER SOB A GUARDA DA MÃE, COM DIREITO A VISITA PELO PAI OU SE DEVE SER DEFERIDA A GUARDA POR SEIS MESES, PARA CADA UM DOS PROGENITORES. - "Concedida a separação judicial, com base no art. 5º, caput, da Lei nº 6.515/77, e, se pela separação foram culpados ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe. Aplicação do art. 10, §1º, da Lei do Divórcio". (AC nº 18.762, de Tubarão, rel. Des. João Martins) - (Embargos Infringentes 97.002157-7, da Capital. Relator Des. Wilson Guarany).

Posteriormente a esta decisão, o TJSC retornou ao tema em outro julgado, onde a guarda compartilhada chegou a ser sugerida como alternativa para a solução do litígio entre o casal:

"E por que não admitir a concessão de uma guarda assistida, ou até mesmo compartilhada? O direito nacional não contempla norma jurídica impeditiva da guarda assistida ou da guarda conjunta, criações voltadas a conferir segurança aos pronunciamentos judiciais e maior proteção aos interesses em conflito". (Agravo de Instrumento nº 99,016390-3, rel. Des. Cesar Abreu).

Em suma: mesmo ressaltando a divergência jurisprudencial, a guarda conjunta somente seria admissível em ações de separação judicial consensuais, e, mesmo assim, condicionada a demonstração inequívoca de que a medida não traria prejuízos aos filhos, pois, caso contrário, deve o magistrado negar-se a homologar o acordo.

1.5 - Conveniência da opção pela guarda compartilhada. Literatura, doutrina e jurisprudência.

A corrente majoritária na literatura não recomenda a guarda compartilhada em nenhuma hipótese.

Sobre o tema, opina RINALDO DE LAMARE:

"A prática de passar 6 (seis) meses com um e 6 (seis) meses com outro é péssima. O melhor é o ano escolar com um e férias, ou então fins de semana com outro". ("A Vida Dos Nossos Filhos", 13ª ed. São Paulo, Block Editora).

ANA GRACINDA QUELUZ e ANA MARIA CORDEIRO recomendam a manutenção do *status* da criança, em contraponto com a guarda compartilhada:

"Mudar de ambiente significa romper os laços com um espaço conhecido, íntimo, que tem muito haver conosco. Embora a criança não participe muito da arrumação da casa, ela levou algum tempo até conquistar esse espaço, entendê-lo, ganhar intimidade. De repente, sente que deve começar tudo de novo, e isso a perturba. Para algumas pequenas pode parecer ameaçador". ("Tempo de Ser Criança", vol. IV da coleção "Primeiro Mundo", Ed. Rio Gráfica).

ELIANE MICHELINI MARRACCINI e MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA publicaram artigo abordando o tema, e defenderam que:

"Dado o litígio entre os pais, é importante que, uma vez decidida a custódia, os filhos possam permanecer em companhia permanente e contínua de um só genitor, aquele que for mais adequado às suas necessidades, segundo uma orientação educacional e assistencial uniforme e estável". (Revista dos Tribunais nº 716, pág. 346).

Quanto à preferência na determinação da guarda, os autores recomendam que a criança deve permanecer com a mãe, principalmente quando em tenra idade. Assim entende EDGARD DE MOURA BITTENCOURT:

"- os laços maternos são indispensáveis ao desenvolvimento psicológico da criança, tanto que a ruptura desses arrasta conseqüências desastrosas, oscilando entre a simples timidez e dissimulação, até os casos mais graves, de agressividade, de furto, mentiras ... e problemas de ordem sexual". ("Guarda de Filhos", Ed. Universitária de Direito, 1981).

ANA GRACINDA QUELUZ e ANA MARIA CORDEIRO atribuem à mãe a ponte para a vida do filho:

"O que é ser ponte para o mundo? É, possivelmente, o papel mais importante da mãe em relação ao filho. Se o bebê precisa mamar no peito durante seis meses para ter boa saúde e estar protegido contra várias doenças; se depende da mãe para trocar as fraldas, tomar

banho, resolver seus desconfortos; se não tem autonomia, só se movimentando com sua ajuda, dela necessitando fisicamente (ou de alguém que a substitua), mostra ainda uma outra dependência: ele só conhece do mundo aquilo o que a mãe lhe permite conhecer; só experimenta aquilo o que a mãe o deixa experimentar; só recebe os estímulos que a mãe lhe oferece". ("Coleção Primeiro Mundo", vol. II, Ed. Rio Gráfica).

D. W. WINNICOTT vai mais além:

"O amor de mãe é algo semelhante à uma força primitiva. Nele se configuram o instinto de posse, o apetite e até certo ponto elemento de contrariedade, em momento de exasperado humor, e há nele generosidade, energia e humildade também".

Aliás, amor, só de mãe, como constatou DRAUZIO VARELLA:

"As famílias madrugam na porta, mulheres na imensa maioria. São namoradas, esposas, irmãs, tias e a inseparável mãe, difícil de abandonar o filho preso, por mais crápula que ele seja. Em dez anos na cadeia, assisti a tais demonstrações de amor materno que, confesso, encontrei sabedoria no dito: amor, só de mãe". ("Estação Carandirú". Companhia das Letras, 1999, p. 51).

Os Tribunais respaldam o entendimento doutrinário. Neste sentido:

"A chamada 'custódia conjunta', importando o revezamento semanal do ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da responsabilidade do mesmo". (RT 573/207).

"... manter a guarda dos filhos menores com a mãe, naturalmente mais predisposta a tanto; na medida razoável, é manter a situação existente, sendo de considerar que as mudanças no regime sempre podem trazer problemas de ordem emocional nas crianças". (RJP, 59/42).

Também neste sentido: RT 238/264; 516/213; 523/123; 627/126 e 733/333; e RJTJRS 113/428.

A divergência existe. A corrente majoritária, tanto na literatura especializada como na jurisprudência, defende que a guarda compartilhada é prejudicial ao bem estar psico-emocional dos filhos, devendo, por esta razão, ser evitada. Autores como EDWARD TEYBER e SÉRGIO EDUARDO NICK (já citados) recomendam a medida, dentro de alguns critérios.

Falta ainda estudo isento, direcionado e abrangente sobre a questão, levando em consideração os aspectos sociais, culturais e econômicos brasileiros. A maioria das conclusões de artigos sobre o tema é tomada com base: a) nas experiências profissionais dos autores; b) nas conclusões de estudos estrangeiros, que levam em consideração aspectos jurídico-sociais bem diferentes dos nossos; c) apenas ressaltando o direito dos pais ao contado com os filhos, citando testemunhos daqueles.

A escassez de pesquisas sobre este tema decorre da dificuldade para a sua implementação: poucos casais optam pela guarda compartilhada; o acompanhamento dos casais é demorado e dispendioso; e, por fim, não há garantias de que o resultado deste esforço possa levar a alguma conclusão.

De fato, ao optarem pela guarda conjunta, os pais (separados) refletem um convívio harmonioso e interesses convergentes quanto ao futuro dos filhos. Nestes casos, os efeitos negativos da separação podem não se manifestar, face a conservação da amizade e do diálogo entre os separandos. Por conseguinte, eventuais efeitos benéficos da guarda compartilhada poderão ser mascarados.

Tomar decisões acerca do bem estar das crianças é uma tarefa perigosa que acarreta riscos incalculáveis. Nas palavras de Freeman Dyson, *"bebês não podem dar consentimento informado quanto a seu próprio nascimento e modo de criação. Apenas depois de crescerem poderão olhar para trás e decidir se serão os pioneiros privilegiados de um novo mundo ou as vítimas infelizes da ambição de seus pais". ("Mundos Imaginados". Companhia das Letras, 1998).* Com a pesquisa científica, estes riscos podem ser diminuídos. Contudo, no caso dos efeitos benéficos da guarda compartilhada, existe, apenas, grande especulação.

A rigor, não seria necessário grande conhecimento em psicologia para constatar que a duplicidade de autoridade sobre os filhos lhes é prejudicial, e que, em algum momento deste relacionamento, os mesmos optarão pelo cônjuge que atender suas vontades, em detrimento daquele que lhes impõe a educação familiar e os limites naturais para o convívio em sociedade. O direito de família se adapta na mesma velocidade das mudanças sociais. Estas mudanças ocorrem na medida em que se criam novas alternativas de conduta, novos fatos sociais. Quem sabe, diante de um novo modelo social, construído sobre mecanismos reais de igualdade e justiça sociais, a guarda conjunta se apresente oportuna e salutar aos interesses dos filhos. Mas, infelizmente, ainda não atingimos esta evolução.

2. INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

2.1 - A oitiva dos filhos em juízo.

Os tribunais, há muito tempo, pacificaram o entendimento de que o interesse do menor deve prevalecer quando da fixação da guarda (teoria da proteção integral da criança). Assim ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

"O critério a orientar o juiz, em semelhantes conjunturas, será o do interesse ou conveniência do menor, interesse ou conveniência que há de preponderar sobre os direitos ou prerrogativas, a que, porventura, se arroguem os pais". ("Curso de Direito Civil". Vol. II, Saraiva, 20ª ed. p. 226).

A dificuldade deste entendimento decorre, justamente, em determinar-se o 'interesse do menor', o qual varia de acordo com o caso concreto.

Neste sentido, verifica-se, atualmente, na prática forense, a tendência de vincular-se a decisão da guarda à manifestação da criança ou adolescente, proferida numa audiência informal com o juiz e o representante do Ministério Público.

A doutrina é conflitante. EDGARD DE MOURA BITTENCOURT defende a medida, citando precedente próprio:

"É mister, portanto, o expediente de uma observação direta e pessoal, por parte dos juízes, referentemente à vivência do drama, ouvindo as crianças e, eventualmente, aqueles que se propõem a guardá-las. Não para adicionar às peças dos autos mais subsídios formais, que se colecionaram neste processo com exuberância desconcertante, - mas simplesmente para tentarem os julgadores, partilhando embora fugazmente da ambiência real das crianças, discernir, com pontos de referência mais positivos, o que melhor convém aos menores". (ob. cit. p. 162).

Já YUSSEF SAID CAHALI, citando precedente do TJSC (JC 48/303), entende justamente o contrário:

"No plano do direito civil, se não há inconvenientes maior na tomada de depoimento de testemunha menor em matéria patrimonial, já no âmbito do direito de família, cuidando-se da separação-sanção de genitores desavindos, mostra-se pelo menos desaconselhável à estabilidade emocional dos filhos menores, compeli-los à prestação de depoimento em desfavor de qualquer dos ascendentes; tanto mais que não são obrigados a depor de fatos que lhes acarretem grave dano ou aos seus genitores 9art. 406, I, do CPC)."

E prossegue:

"Nesta linha, preciso acórdão do TJSC: A ré interpôs agravo de instrumento visando tornar sem efeito a decisão do juiz, nos autos da separação judicial que lhe move o marido, determinando o comparecimento da filha do casal, com seis anos de idade, para ser ouvida em audiência. A inconveniência e o impedimento da inquirição de menor de 16 anos de idade, estabelecidos tanto no CC como no CPC, foram precisamente salientados no parecer de fls.: 'O litígio travado, contudo, não parece esteja a depender desta prova para a ideal solução, e isto porque, pelos instrumentos trasladados, se percebe a circunstancial quebra material da fidelidade conjugal, e isto é bem provável, e até mesmo pela tenra idade da testemunha, tenha passado despercebido, além do desconhecimento de certas coisas, poderão resultar em nada, ou, o que pode ser pior, num acontecimento a marcar por muitos e muitos anos o seu caráter e até, quem sabe, por toda a vida. A restrição surge suficientemente catalogada nos CC e CPC, balizando em 16 anos, dez a mais, o impedimento, como consta do art. 142, III, do primeiro, e art. 405, §1º, III, do segundo. Acresce ainda que, por se tratar de menor absolutamente incapaz, os seus interesses despontam protegidos suficientemente em legislação própria específica, o Código de Menores, instituído pela Lei 6.697/79, onde, no art. 5º, está preceituado: 'A proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado'; o que deve, parece também, prevalecer, já que se trata também de interesse da menor, agora de ordem moral. Por último, em se tratando de ação de separação judicial, esta, se decretada, e a criança, em depondo no processo, corre o risco de se pronunciar desfavoravelmente a uma das partes, e se isso ocorrer, difícil será o cumprimento do estatuído no inciso VII do art. 384 do CC, especial no que concerne ao respeito devido". ("Divórcio e Separação". Vol. I. 7ª ed. RT., pág. 698).

A literatura especializada, como visto no ponto 1.5, defende o afastamento dos menores do universo da separação, evitando tomá-los por testemunhas das desavenças dos seus pais.

Acrescenta-se, ainda, que nos dias que precedem a oitiva do filho pelo juiz, os litigantes podem tentar influenciá-lo, valendo-se de artifícios de toda a ordem (materiais e/ou emocionais). Este tipo de barganha pode trazer resultados péssimos, como advertia MAURICE

POROT:

".. as desarmonias que precedem o divórcio nem sempre, infelizmente, deixam a criança fora das querelas, ruidosas ou não, mesquinhas ou sórdidas, as quais, certamente, prejudicam a beleza da imagem dos pais. A pior das traições à missão de pai ou mãe é a que consistem em tomar voluntariamente a criança para testemunha dessas desarmonias e, ainda mais grave, em obrigá-la a julgar, isto é, a escolher. A brincadeira estúpida, inocente em suas intenções, se não em suas conseqüências, que consistem em perguntar-lhe se 'gosta mais de papai ou mamãe', toma aqui um sentido verdadeiramente trágico, e pode mutilar definitivamente um ser de afetividade ainda frágil, porque mal organizada". ("A Criança e a Família". Editora Fundo de Cultura. Rio de Janeiro. Obra da coleção "A Criança e Nós", da mesma editora).

Tanto o Código Civil (art. 142) como o Código de Processo Civil (art. 405, §1º, III, e §2º) vedam a oitiva de menores em juízo. Tais dispositivos continuam prevalecendo mesmo após a superveniência do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a possibilidade do juiz colher a opinião das crianças ou adolescentes (art. 28):

"A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§1º. Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada". (grifei)

Este artigo regulamenta a colocação da criança ou adolescente que se encontra em situação irregular (órfão ou abandonado) em família substituta. A guarda, neste caso, é conseqüência do deferimento da tutela ou adoção (somente excepcionalmente será deferida fora destes casos - art. 33, §1º da Lei 8.069/90).

Tratando-se de colocação em família substituta (principalmente no caso de adoção, cuja decisão é irrevogável - art. 48 da Lei 8.069/90), é natural que se proceda a oitiva da criança ou adolescente, para verificar o grau de afinidade e adaptação da(o) mesma(o) à nova família, bem como a forma como vem sendo tratada(o) e/ou se deseja permanecer com aquela, caso esteja no estágio de convivência (art. 46 da Lei 8.069/90).

Tais questões, contudo, são abstraídas do processo de separação judicial, até mesmo porque não existe disputa pela guarda, tornando inaplicável o artigo 28 da Lei 8.069/90 para estes casos.

Entretanto, sendo estritamente necessário (como no caso de persistirem contradições nas alegações proferidas pelas partes após a instrução processual), pode o juiz ouvir o menor, como informante, a fim de que este relate a situação por que está passando, aplicando-se a exceção prevista no §4º do artigo 405 do CPC.

É evidente que, nestes casos, a sentença não estará vinculada ao desejo eventualmente manifestado pelo menor. Aliás, tomá-lo por fiel da balança, além de cruel, é desnecessário, pois se ele for ainda criança, sua manifestação não considerará circunstâncias que desconhece ou não tem condições de entender, mas que são determinantes na causa; se for adolescente, possuirá discernimento e autodeterminação suficientes para escolher com quem deseja ficar, independentemente da decisão judicial. Assim é o magistério de JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE:

"De que adianta, por exemplo, deferir a guarda de uma criança de 13 ou 14 anos a um dos cônjuges contra a vontade dela? Ela é livre para sair e voltar à sua casa e, certamente, sobrelevará o seu próprio interesse à determinação judicial". ("Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato na Prática Forense". Forense, 1986).

Em conclusão: mesmo aceitando-se o fato de que algumas crianças compreendem melhor o processo de separação do que os próprios pais, a oitiva dos filhos em ações de guarda, além de questionável do ponto de vista processual, deve ser evitada, face a recomendação doutrinária/jurisprudencial de afastá-los do litígio.

Por fim, deve o magistrado ter absoluta certeza da indispensabilidade do depoimento dos filhos, pois o processo judicial não é a oportunidade adequada para fazer-se experiências, principalmente em causas envolvendo menores.

2.2 - Sindicância Social.

A disputa pela guarda, não raro, mascara sentimentos pouco nobres dos pais: discordância quanto ao pensionamento, rancor, ressentimento, ciúme e vingança. Deve-se sempre ter em mente que utilizar o filho para atingir o ex-cônjuge é inconseqüente, cruel e demonstra incapacidade, de quem assim procede, para o exercício da guarda.

Diante desta realidade, as partes podem lançar-se ao litígio proferindo alegações graves, mas sem o correspondente respaldo probatório. Tratando-se de ação envolvendo interesses de

menores, não seria razoável deixar o ônus da prova exclusivamente para as partes, como exige o artigo 333 do Código de Processo Civil, tanto em virtude da reconhecida dificuldade na sua produção (testemunhas pouco presenciam as altercações domésticas), como também devido ao volume de contradições constantes no processo. Este é o entendimento apontado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça". (STJ. Resp. 4.987-RJ., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Cit in* "Theotônio Negrão - CPC e Legislação Processual em Vigor, 24ª ed. p. 272).

Para o esclarecimento das circunstâncias fáticas lançadas nos autos, poderá o juiz valer-se da chamada "sindicância social".

Neste sentido, o Poder Judiciário mantém um núcleo de serviço social, com atribuições disciplinadas na Lei 8.622/93 (art. 5º), principalmente no que tange ao apoio à população para o amplo exercício dos seus direitos.

Deve-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente a aproximação do serviço social à atividade jurisdicional propriamente dita, tendo em vista que os assistentes sociais foram chamados a compor a equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e Juventude (art. 150 do ECA).

De acordo com a sistemática prevista na legislação substantiva em vigor, o serviço social forense atua nas ações de guarda de filhos como colaborador do Poder Judiciário, e não como auxiliar da justiça (CPC, art. 139), não gozando, assim, das prerrogativas destes.

Como qualquer funcionário público, o assistente social forense sujeita-se à sindicância administrativa e a responsabilidade penal pelos seus atos, sem prejuízo de responder perante seu órgão de classe (Conselho Regional de Serviço Social), por infração ética (Lei 8.622/93, art. 10, V).

Valendo-se do trabalho do serviço social forense, bem como do permissivo constante nos artigos 332 e 335 do Código de Processo Civil, os juízes vêm determinando o acompanhamento de ações envolvendo guarda de filhos pelos assistentes sociais, através da "sindicância social". EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, citando a experiência da Corte de Paris, defende a medida:

"A sindicância objetiva apurar as condições morais, sociais, econômicas e educacionais dos pais, do menor e do meio em que vivem. Com isto, pode o julgador dispor com mais segurança sobre o regime de guarda dos filhos". (ob. sup. cit. p. 158).

Prevalecendo o entendimento defendido pelo douto professor, estaria o assistente social forense incumbido de executar uma tarefa que não seria atribuição sua, qual seja: investigar.

Entrementes, levando-se em consideração sua competência constitucional (CF, art. 203), bem como suas atribuições, regulamentadas pela Lei 8.662/93, o trabalho de apoio ao juízo, feito pelo assistente social forense, deveria limitar-se a vistoria, de cunho informativo, das condições fáticas vividas pelo menor, e não a investigação dos fatos. O termo "sindicância social", assim, seria inadequado, pois levaria o assistente social à condução de verdadeiros inquéritos, o que, de fato, não é sua função.

Soma-se a este aspecto (caráter meramente informativo) o fato de o estudo social ser produzido sem observância dos princípios judiciais (publicidade, contraditório e ampla defesa), o que ressalta a necessidade da instrução processual, para confrontar as observações dos assistentes sociais com as provas produzidas pelas partes.

Mesmo reconhecendo o direito à livre manifestação do ponto de vista técnico, não raro encontramos estudos sociais contendo análises subjetivas do comportamento dos pais, o que somente teria validade se feito por pessoa qualificada.

Além disso, é comum encontrar nas conclusões destes estudos a 'opinião' do assistente social sobre o caso, o que é dispensável, pois, como já visto, o serviço social forense não atua no processo como perito. Por decorrência, eventual discordância do magistrado quanto a 'opinião' do assistente social sequer se dará pela aplicação do disposto no artigo 436 do CPC. Aliás, nem ao Delegado de Polícia, que possui conhecimento técnico-jurídico, é dado o privilégio de concluir um inquérito com sua opinião pessoal.

Por estas razões, adverte EDGAR DE MOURA BITTENCOURT:

"Quando o juiz não puder formar sua convicção com os elementos probatórios comuns e com sua observação pessoal e fundamentada, deverá valer-se daquele meio. Mas será cuidadoso

na indicação do sindicante, ou dos sindicantes, e na análise das pesquisas e informações, confrontando-as com os demais elementos a seu alcance. Sobretudo, não se apoiará, sem razões sérias de convencimento, nas conclusões e propostas do sindicante, para evitar esse fenômeno, muito comum, do acolhimento apressado de laudos, que caracteriza verdadeira delegação de justiça". (ob. sup. cit. p. 160).

Assim, o estudo social apresenta-se como mais uma opção para o magistrado durante a instrução processual em ações de guarda de filhos. Sendo uma opção, o indeferimento de pedido de realização de estudo social, feito pela parte, não caracteriza cerceamento de defesa. E, mesmo restrito, a confecção do estudo social pode auxiliar o esclarecimento de fatos levantados pelas partes, inclusive indicando o melhor caminho para a instrução processual.

Uma vez determinada sua realização, cabe ao juiz analisar seu conteúdo com atenção, filtrando as informações relevantes e abstraindo influências dispensáveis.

(Artigo publicado na edição nº 46 de [Jus Navigandi](#) e no informativo [DireitoNet](#))