

ROLF MADALENO

M178d

Madaleno, Rolf Hanssen

Direito de Família em pauta / Rolf Hanssen Madaleno. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.
248 p.; 16 x 23 cm.

ISBN 85-7348-328-8

1. Direito de Família. 2. Família. I. Título.

CDU - 347.6

Índices para o catálogo sistemático:

Direito de Família
Família

(Bibliotecária responsável: Marta Roberto, CRB-10/652)

Direito de Família em pauta



livraria
DO ADVOGADO
editora

Porto Alegre 2004

É como acrescenta em feliz passagem doutrinária Euclides de Oliveira no comentário da unicidade do vínculo familiar, lembrando que nas uniões desleais: "uma prejudica a outra, descaracterizando a estabilidade da segunda união, caso persista a primeira, ou implicando eventual dissolução desta, não só pelas razões expostas, como pela quebra aos deveres de mútuo respeito",²³ e não se respeitam amantes que mais amam a si mesmos, e que ansiosamente recolhem novos relacionamentos, sempre no afã de preencherem um eterno espaço vazio.

5. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais

5.1. O poder familiar

O Código Civil de 1916 e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente identificavam, no pátrio poder, a tarefa delegada aos pais na educação e formação de seus filhos enquanto ainda menores e incapazes, dizendo serem eles os representantes da vontade jurídica da prole e os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder. Adverte Roberto João Elias¹ não se poder afirmar que o titular do pátrio poder não tenha direitos, porém eles só devem ser exercidos a bem dos filhos. Portanto, todo o enfoque do pátrio poder do Código Civil de 1916 estava voltado para o interesse do infante, e disso não se desgarrou o atual Código Civil, em vigor desde janeiro de 2002.

O *poder familiar* é a denominação adotada pelo novo Código em substituição à expressão *pátrio poder*, já superada pela igualdade constitucional, fazendo ver Paulo Luiz Netto Lôbo² a impropriedade da nova designação *poder familiar*, por gerar a falsa idéia de um poder exercido no interesse conjunto dos pais, como se fosse restrito ao avanço da igualdade dos gêneros sexuais, quando em realidade o Estatuto da Criança e do Adolescente já havia revertido todo o sistema pertinente aos filhos menores e incapazes, ao destacar como prioridade de ordem pública tutelar o interesse supremo do filho.

E nessa direção segue Denise Damo Comel³ ao afirmar que o novo Código Civil carrega uma proposta de maior intensidade e não se limita

¹ ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder, guarda dos filhos e direito de visitas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Do poder familiar", *In Direito de Família e o novo Código Civil*, 3ª ed. Coord. DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 178.

³ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, São Paulo: RT, 2003, p. 55.

²³ OLIVEIRA, Euclides de. *União estável, do concubinato ao casamento*, 5ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 127.

tão-somente a repartir o poder familiar entre os pais, em iguais condições, porque a mudança social trazida com a Carta Federal de 1988 foi muito mais ampla: "na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação".

Prevalece, portanto, o interesse único do menor, detendo os pais, em igualdade de condições, o exercício do seu poder parental, como sujeitos ativos do dever constitucional de gerir os interesses dos menores, proporcionando-lhes as "adequadas condições de sobrevivência e desenvolvimento".⁴

5.2. Conteúdo do poder familiar

O substrato legal do poder familiar deve ser focalizado pelo teor do artigo 229 da Carta Política de 1988, afirmando ser dos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, em nada diferindo do artigo 1.634 do Código Civil brasileiro, com o reforço do art. 22 do ECA, que prescreve ser da competência dos pais, em qualquer modelo de formação familiar, dirigir a criação e educação dos filhos; além de tê-los sob a sua companhia; representá-los até os 16 anos e assisti-los também nos atos da vida civil até os 18 anos, deles exigindo obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, tudo voltado no único propósito de lhes assegurar hígida formação pessoal.

5.3. A guarda dos pais

O domicílio dos pais será de hábito o domicílio dos filhos, pois devem mantê-los sob a sua custódia, zelando por sua integridade moral, material e física, cuidando de sua formação e educação. Acresce Denise Damo Comel:

"(...) a função de ter os filhos em sua companhia deve ser entendida como uma forma de estabelecer com eles relação de tal proximidade que gere uma verdadeira comunidade de vida e interesses, em que haja constante troca de experiência, sentimentos e informações".⁵

E tudo faz sentido, quando os pais mantêm sua união e o conjunto de seus componentes em harmônica relação familiar, permitindo repartam a

⁴ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 51.

⁵ COMEL, Denise Damo, ob. cit., p. 111.

singular experiência de testemunhar o crescimento e a sólida formação dos filhos sob a sua companhia.

Mas nem sempre pais e filhos têm a graça da recíproca convivência, sucedendo, por vezes, chamados da natureza, ou distúrbios no relacionamento dos pais como amantes, que impedem o prosseguimento da mútua convivência, bifurcando-se o domicílio familiar, gerando ordinariamente a definição da custódia fática e jurídica dos filhos para apenas um dos genitores, ou excepcionalmente na repartição dessa guarda.

5.4. A guarda unilateral

A guarda unilateral pode decorrer da separação fática, judicial ou do divórcio dos pais; como pode advir do abandono de um ou de ambos os genitores, sua morte, do óbito de um genitor, e também por consequência da paternidade não revelada, própria da modelagem monoparental.

Mas, separados os pais, impõe-se a guarda a pelo menos um dos genitores, geralmente selecionado pelo prisma dos melhores interesses dos filhos. A guarda ideal nestes casos deve ser definida por acordo dos pais, na ruptura consensual de sua união, ou por sentença judicial se os genitores não se encontrarem aptos a discernirem na identificação dos melhores interesses de seus rebentos.

Ao contrário do direito experimentado na década de 1960, não mais interfere na custódia a culpa de um dos cônjuges pelo fracasso do casamento, sendo elemento determinante o bem-estar do menor. A guarda é resolvida fora do eixo da culpa conjugal, como aliás cada vez mais tem desimportado aos juízos e tribunais a identificação de um responsável pelo fim do matrimônio, cuidando o decisor de examinar as circunstâncias fáticas na pesquisa casuística da noção mais exata do real interesse do menor.

Não é outra a conclusão extraiada da leitura do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, atribuindo a guarda na separação judicial ou no divórcio, e o mesmo vale para a dissolução de união estável, "a quem revelar melhores condições para exercê-la", ou deferi-la a terceiro que revele compatibilidade com a natureza da guarda, levando em conta o grau de parentesco, a relação de afinidade e de afetividade para com o menor. Já de algum tempo foi definitivamente sepultado o princípio do revogado artigo 10 da lei divorcista, que considerava a inocência conjugal como critério judicial de atribuição da guarda dos filhos menores em processo litigioso.

Eduardo de Oliveira Leite, em exauriente pesquisa, aponta direções tomadas pela jurisprudência na atribuição da guarda do menor:

“o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social (...); a idade da criança, o sexo (sendo as filhas comumente confiadas à mãe), a irmandade (cuidando de não separar irmãos), o apego ou a indiferença que a criança manifesta em relação a um de seus pais, ou a estabilidade da criança (...); da mesma forma, as condições que cercam a pessoa dos pais também podem ser levadas em consideração: condições materiais ou condições morais”.⁶

5.5. A cultura da guarda materna

Em tempos mais remotos, na generalidade das decisões proferidas em demandas separatórias, era outorgada a guarda judicial materna dos filhos, concluindo os tribunais que:

“Se a mulher não teve a pecha de mau comportamento e se é boa mãe, embora tenha falhado como esposa ao praticar adultério, a ela deve ser conferida a guarda do filho, pois o interesse e bem-estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino, sobretudo tendo-se em conta que a profissão do pai o leva a estar sempre ausente de casa”.⁷

Prevalencia a guarda materna nas relações conjugais desfeitas pela crença de ser a mãe a natural guardiã da prole, por dispor do dom de quem abriga o filho desde sua concepção, e do tempo livre para se dedicar às tarefas domésticas, em contraponto ao trabalho externo, e a menor dedicação do pai.

A própria Lei do Divórcio já dispunha no art. 10, § 1º, ficarem os filhos com a mãe, se ambos os cônjuges fossem considerados responsáveis pela separação. Claro que o texto se mostrava totalmente desfocado da regra prática de a guarda não mais estar conectada à culpa separatória dos pais, e, sobretudo, por já prevalecer o princípio dos melhores interesses do menor. No entanto, apesar da igualdade de direitos dos pais diante das relações familiares, ainda hoje a guarda segue “sendo sistematicamente deferida à mãe, sem contestação, salvo nos casos em que algo grave, de valor moral, pese sobre ela”.⁸

Realidade não desmentida pelos variados segmentos doutrinários, sendo deles um frisanse exemplo o trabalho de Silvana Maria Carbonera, ao recordar a preferência do legislador em conferir à mãe a guarda na

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: RT, 1997, p. 197.

⁷ TJMG, Rel. Des. Francisco Figueiredo – RT 694/161.

⁸ BARROS, Fernanda Orioni de. *Do direito ao pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 67.

família matrimonializada, pois assim: “deu seqüência à rígida bipartição dos papéis familiares assentado na mística feminina.” E acresce, agora escorando suas razões na lição de Silvio Rodrigues, existirem duas razões para a eleição da guarda materna: “(...) uma de caráter tradicional, outra de ordem prática. Com efeito, no Brasil, em geral, não é pequeno o número de senhoras que se ocupam dos afazeres domésticos, não exercendo profissão fora do lar, enquanto a maioria dos homens tem seus dias ocupados pelo trabalho fora de casa (...). A segunda razão de regra, esta de ordem prática, é a inescandível conveniência, se não mesmo a necessidade, de confiar-se à mãe os filhos de tenra idade. A mulher tem, ordinariamente, refinamentos de sensibilidade que o homem, por mais bondoso que seja, nem sempre apresenta (...)”.⁹

Adicione-se o preconceito contra a guarda paterna dos filhos, a consideração que o “tradicional papel da mãe *naturalmente* boa, abnegada, apêlgada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os julgadores que não conseguem se desembaraçar de uma tradição...”¹⁰

Tal realidade desencoraja os homens de lutarem pela custódia judicial dos filhos, especialmente quando não contam com algum fato de extrema gravidade, capaz realmente de abalar a tradicional guarda materna.

Mas os tempos registram uma mudança saudável nos hábitos e costumes sociais, em um salutar processo de aproximação da equalização dos papéis feminino e masculino, buscando alterar aos poucos, a história das abjetas desigualdades dos gêneros sexuais. Nessa direção cuida a legislação brasileira de sublinhar a emancipação da mulher, ao elevar a princípio constitucional a igualdade do homem e da mulher, como direito fundamental positivado no § 5º do artigo 226 da Constituição.

Flávio Guimarães Lauria registra essa mudança nos costumes e seu reflexo nos tribunais, ao proceder minucioso levantamento jurisprudencial, para concluir ao cabo que:

“nos dias atuais, em que a mulher conquistou importantes espaços na sociedade, sobretudo no mercado de trabalho e que não se encerra mais com reprovação o ato do pai de cuidar dos filhos e realizar tarefas que antes eram exclusividade das mulheres, (...) o fato da maternidade por si só, já não goza mais de presunção absoluta de melhores condições para o exercício da guarda dos filhos”.¹¹

⁹ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000, p. 114.

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit., p. 200.

¹¹ LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 73.

Devem, portanto, ser computados os dois princípios constitucionais que gravitam em torno da guarda judicial dos filhos menores e não emancipados, tomando como o fundamento de que em temário de tal importância prevalece em primeiro o maior interesse da criança e, se porventura, de algum modo, pudesse existir alguma inclinação pela custódia materna, já não mais devem interferir os elementos culturais que privilegiavam a guarda materna, pois como sublinha Marco Túlio de Carvalho Rocha:

"(...) se dados fisiológicos, psicológicos, históricos, culturais e econômicos aconselham deva a guarda ser atribuída à mulher, a verificação desses dados somente é possível nos casos concretos, atendendo-se às peculiaridades de cada um".¹²

Isto porque ambos concorrem em absoluta igualdade de condições, não mais existindo diferenças sequer na coleta de folga temporal dos pais, também a mulher agora deve buscar seu sustento adiante do recesso do lar, e ausentando-se do lar.

5.6. O genitor não-guardião

A simples destituição da guarda física de filho pela separação dos pais não implica, sob nenhum aspecto, a perda do poder familiar, talvez até reforce o seu exercício pela redução do contato do genitor não guardião com o seu filho que ficou sob a guarda do outro ascendente. Nem significa admitir, sob qualquer pretexto, pudesse a cisão da guarda prejudicar por alguma forma o direito-dever de os genitores manterem uma sadia convivência familiar.

Nem seria preciso ressaltar ser direito dos filhos a convivência e comunicação com seus pais, fonte de seu crescimento, e da sua lúcida formação, fornecendo-lhes todos os substratos materiais e imateriais, tão caros ao sadio desenvolvimento de uma criança em crescimento, dependente da proteção e do zelo de seus pais. Não desaparece com a separação dos ascendentes o exercício das prerrogativas inerentes ao dever parental de acompanhar de perto, e de interferir positivamente na formação do filho, sempre voltado para a consecução dos seus melhores interesses, não no sentido de outorgar privilégios, liberdades e excessos, mas de consignar com a sua presença e com a sua constante vigília, o porto seguro, e as condições de alimento, carinho, educação, orientação e repressão, adotando na sua função educativa para com a sua prole todos os cuidados

e atencões modeladores da conveniente estrutura psíquica e moral que deve estar presente no processo de crescimento, desenvolvimento e de socialização do filho em contato com o mundo.

5.7. As visitas como forma de convivência e fiscalização

As visitas são um expediente jurídico forjado para preencher os efeitos da ruptura da convivência familiar antes exercida no primitivo domicílio conjugal. Representam, em realidade, um desdobramento da guarda definida com a separação dos pais, e como tal, detêm a tarefa de assegurar a:

"adequada comunicação e supervisão da educação dos filhos, do pai ou da mãe não convivente a respeito dos filhos, cuja guarda foi outorgada ao outro, a parente, a terceiro ou, mesmo, a instituição, (...) consiste no direito de manter um contato pessoal com o menor, da maneira mais ampla e fecunda que as circunstâncias possibilitam".¹³

Falar em visitas acarreta reconhecer a soberania constitucional de o menor ser visitado, porquanto, é direito basilar na organização social dos filhos serem criados por seus pais, como direito fundamental da criança, e, estando seus genitores apartados pelas contingências das relações afetivas que se desfaçam pelos mais variados motivos, jamais podem os pais permitir restem seus filhos privados da sua presença, ainda que em menor quantidade, mas compensando ao oportunizarem maior qualidade.

A convivência da criança com a sua família é direito assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal, com absoluta prioridade, e considerado como direito fundamental da criança, matéria-prima indispensável para a construção de sua personalidade, como faz ver e refletir Martha de Toledo Machado,¹⁴ ao dizer que:

"no direito à convivência familiar de crianças e adolescentes repousa um dos pontos de estereótipo da chamada doutrina da *proteção integral*, na medida que implica reconhecer que a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta, em decorrência da particular condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento, e que, portanto, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não meros *objetos de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos*,

¹³ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: RT, 2000, p. 93.

¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 161.

já que titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos.”

Portanto, não se pode falar verdadeiramente em um *sagrado direito de visitas do guardião não custodiante*, tocando consignar a existência de um sagrado direito do filho de ser visitado, tanto que não têm sido inco-mum decisões judiciais impondo multas pecuniárias pelo não-exercício das visitas. As visitas devem atender aos interesses do menor, podendo ser limitadas e até suspensas quando a conduta do genitor visitante desacom-selhe o seu exercício, tanto que Fábio Maria de Mattia, citado por Eduardo de Oliveira Leite, conclui que:

“o direito de visita não é absoluto, pois, por humana que se apresente a solução de nunca privar o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízos — principalmente no aspecto moral — sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer”.¹⁵

5.8. Inversão da guarda pela negativa das visitas

Juízos de visitas são os mais conflitivos, certamente porque colocam no centro da disputa o mais caro valor dos genitores, que em litígio, costumam se fazer mútuas imputações, menosprezando a sua dignidade humana, e talvez traumatizando suas relações para o resto de suas vidas, não se dando conta ou numa incompreensível mostra do mais puro egoísmo, serem os filhos as maiores vítimas, quase sempre silenciosas do ódio que as separa de seus pais.

Há reservas ao próprio vocábulo *visitas*, por evocar uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horários rígidos e de tenaz fiscalização. Outros países substituem a expressão “direito de visitas” por “direito à convivência”, ou “direito à comunicação”, quando ao certo nem de direito do visitante se trata, mas de um direito do filho de ser visitado, e de um dever de seu genitor em visitá-lo quando não se apresenta como titular da sua guarda judicial ou fática. Será que em sua consciência poderia ser verdadeiramente ignorada a omissão voluntária de um genitor que não procura o seu filho, numa clara e deplorável mostra

de abandono, ou pior ainda, será que todo o esforço de um genitor guardião ao criar toda a sorte de obstáculos para que um pai não se aviste com o filho, não estaria permitindo, com esse agir, que o Judiciário se movimentasse para reverter a guarda da prole?

São inenarráveis os sofrimentos causados pela privação do convívio do menor, quando um pai se afasta deliberadamente do seu rebento, geralmente movido pelo insano desejo de causar sofrimento à sua ex-mulher, mãe da criança, que nada fez para passar por esta reflexão e tão desumana punição. Noutra ponta aparecem nos registros forenses as demandas geradas pelos obstáculos e embaraços opostos pela mulher ao direito de visita do pai ao filho. “São batalhas muitas vezes dramáticas e desgastantes deflagradas pela obstinação de certas mães — guardiãs, inconformadas com o direito do pai de conviver com o filho comum, nos estreitos horários que lhe são reservados pelo calendário de visita judicialmente fixado”.¹⁶

Sentimentos de retaliação são os propulsores desse censurável comportamento que impede a convivência paterno-filial e distancia as necessárias relações de afeto da criança para com o seu genitor não-custodiante, causando indvidiosa fissura na formação, no desenvolvimento e na inserção social da criança ou adolescente, privado da normal comunicação com os seus pais. Parece esquecerem que a separação já causa suficiente impacto emocional para os amantes, mas que são maiores os efeitos desencadeados nos filhos, testemunhando o alijamento de um de seus genitores da habitação familiar, sendo depois levados a conviver com um outro núcleo familiar.

O maltrato psíquico que danifica o filho, mental e emocionalmente, é fonte de preocupação do Estatuto da Criança e do Adolescente quando externa no seu 18º artigo: “ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

Viceja o respeito à dignidade da pessoa, ponto de partida das relações humanas, tanto que elevado a valor supremo pela Constituição Federal e inserido na leitura dos novos primados de convivência, com realce para os primordiais interesses dos menores, amostra única possível, para retratar a paternidade verdadeiramente responsável, como quer o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao reger que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais.

Havendo, portanto, qualquer comportamento do genitor guardião no inclinado a quebrar a saudável convivência e a necessária comunicação do

¹⁵ MATTIA, Fábio Maria de. *Direito de visita e limites à autoridade paterna*. In: Enciclopédia. Saraiva de Direito, v. 77, p. 431, cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. “O direito (não sagrado) de visita”. In: *Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais*, v.3. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini, São Paulo: RT, 1996, p. 73.

¹⁶ OLIVEIRA, Bastião de. *Guarda, visitação e busca e apreensão de filho, doutrina, jurisprudência, prática, comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997, p. 150.

filho com o ascendente não-convivente, causando um distanciamento, e apartando a essencial integração entre filho e genitor, deve ser autorizada a modificação da guarda ou a sua suspensão judicial, de acordo com a gravidade das circunstâncias, especialmente quando se sabe que um adulto conflituado terá muitas dificuldades para formar uma família sadia.¹⁷

5.9. A guarda alternada

A guarda alternada tem sua verdadeira gênese no direito de visitas, quando ajustam os pais, ou sentença judicial determina que os filhos fiquem na posse física de um dos genitores, garantindo ao outro um período próprio de visita, normalmente em finais de semana intercalados, acrescidos de um ou mais dias de visitas durante a semana, alternando sua estadia na casa dos pais, de acordo com o calendário de visitas ajustado por acordo, ou ordenado por sentença. Nessa regulamentação também ingressam datas festivas, como o dia de Natal, o período da Páscoa, o Dia dos Pais, das Mães e o Ano Novo, afóra os períodos das férias escolares da prole de inverno e de verão.

Por sua notória inconveniência não tem sido prática judicial brasileira a exata divisão pela metade do tempo de permanência dos pais com os seus filhos, num arranjo muito mais voltado para os interesses dos pais do que no benefício dos filhos. A divisão exata do tempo cria a ausência de identidade dos filhos no respeitante à sua habitação, e também no que respeita à freqüente mudança do domicílio, fragilizando ou perdendo amizades, programações, estabilidade e referências. Basta imaginar, por exemplo, esse arranjo residindo os pais em cidades diversas, ou em bairros afastados entre si, e todos os inconvenientes de locomoção para a escola, afóra os embaraços da divisão deste período, a ser justamente conciliado com os estudos em casa e na escola, e a própria programação dos filhos, seu descanso, e seus interesses pessoais e circunvizinhos.

É claro que essa guarda pode ser alternada em períodos em que, durante o ano letivo, os filhos fiquem com um dos genitores, e com o outro no período de férias, o que por si só já causaria problemas visíveis, pois um dos pais terá o encargo mais penoso de acompanhar os estudos e a rotina dos filhos, além de encaminhá-los diariamente para a escola, enquanto o outro terá assegurado todo o tempo reservado ao descanso, ao lazer e à diversão, afóra outros contratempos de ordem material, relacionados com a responsabilidade do poder familiar.

17 BASSET, Lúcia N. Makiamich de. *Derecho de visitas*. Buenos Aires: Hammurabi Editor, 1993, p. 66.

Waldyr Grisard¹⁸ diz existem vários arranjos de guarda alternada para garantir igualdade de tempo de convivência dos pais para com os filhos, sendo uma variante delas a prole permanecer na mesma casa, e os pais alternarem a sua estadia na residência que passaria a ser a moradia oficial dos filhos, intercalando a presença e aparição de seus pais. Também não é difícil identificar toda a sorte de contratempos gerados por essa variante da guarda alternada, afóra o elevado custo que implicaria manter residência permanente dos filhos, os seus pais ainda teriam de custear duas outras moradias, para onde se deslocariam quando não estivessem com os filhos comuns, gerando incertezas e inseguranças no tocante à adequada administração dos bens e valores dos filhos.

Também no plano prático seria extremamente dificultoso aos pais adotarem das residências por ano, em tempos agendados talvez por semanas, meses, estações, semestres ou em períodos de férias, ficando também os filhos inseguros em sua programação, e no deambular de sua criação, eis que mais se parecem confinados num espaço físico, com os períodos de troca de seus guardiões, mudança de hábitos, restrição ou ampliação de liberdades, e quem sabe, uma eterna disputa dos pais pela aprovação dos filhos, eternamente provocados a reconhecerem qual seria o melhor genitor.

Arnaldo Rizzardo é contrário ao revezamento da guarda, acrescentando que a necessidade básica de qualquer cidadão é ter um lar ou moradia fixa, pois do contrário, a instabilidade e insegurança tendem a aumentar, além de possíveis conflitos na orientação e formação que normalmente difere entre os pais.¹⁹

Bem agiu o julgador brasileiro ao preferir a adoção do direito de visitas, que deve ser exercido com suficiente amplitude, não para permitir a divisão igualitária do tempo e do espaço, mas para permitir salutar qualidade do contato dos pais com os filhos, pois o valor da convivência não reside na quantidade das visitas, mas na proximidade afetiva, atendida de perto, e com intensidade, os reais interesses dos filhos. Tem peso e efeito a espontânea distribuição de afeto, atenção e orientação, harmonizando liberdades e interesses para bem balizar a dignidade do menor, porque na atilada observação de Caetano Lagrasta Neto:²⁰

“a guarda alternada irá facilitar o conflito, pois ao mesmo tempo que o menor será jogado de um lado para o outro, naufragando numa tempestade, a inadaptação será característica também dos genitores, facilitando o conflito.”

18 GRISARD, Waldyr, ob. cit., p. 107.

19 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266.

20 LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de Família - A família brasileira no final do Século XX*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 128.

tando-lhes a fuga à responsabilidade, buscando o próprio interesse, invertendo semanas ou temporadas, sob as alegações mais pueris ou mentirosas (...) Não existe autoridade alternada: existe autoridade definida.”

5.10. A guarda compartilhada

Na guarda compartilhada ou conjunta, os pais conservam mutuamente o direito de guarda e responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados sua posse.²¹ A noção de guarda conjunta está ligada à idéia de uma co-gestão da autoridade parental, como mostra Grisard:

“a guarda conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental (...) é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”.²²

Conjunta, portanto, é a prática do poder familiar, considerando que só mesmo unidos pelo casamento ou pela estável convivência, em relação familiar de inteira e harmonia, seria factível a adoção da guarda compartilhada, pois neste caso estariam os pais compartilhando a custódia dos filhos, conciliando com a sua estável relação, sem alternar o tempo de estadia com a prole, como parece para muitos, se confundir a custódia compartilhada.

Não é por outra razão que Leila Maria Torraca de Brito conclama urgente realização de amplos debates nacionais, visando à devida explicação do significado fático e jurídico da guarda conjunta, pois como consigna, para boa parcela dos operadores do direito a guarda compartilhada “significa a divisão dos dias da semana nos quais cada pai permanece com os filhos”.²³

É a partilha da guarda jurídica, da autoridade de pai, que não se esvai pela perda da companhia do filho em troca pelas visitas decorrentes da separação dos pais.

Eduardo de Oliveira Leite fornece os pontos didáticos que dão a necessária clareza à real noção do instituto da guarda conjunta, dizendo que:

²¹ CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. *Aspectos desatados da guarda de filhos no Brasil*, encontrado em Jus Navigandi. www.jusnavigandi.com.br/doutrinal/texto.asp.

²² GRISARD, Waldyr, ob. cit., p. 111.

²³ BRITO, Leila Maria Torraca de. Impasses na configuração da guarda e da visitação – o palco da discórdia In Família e cidadania, *o novo CCB e a vacatio legis*, Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 446.

“em Direito Civil, a expressão não tem sentido, ou é imprópria, como já alertara Fulchiron, porque o conceito civilista da guarda é indissociável da presença da criança. Enquanto a família permanece unida, a guarda conjunta é perfeitamente admissível, questionar-se-ia sobre a realidade de tal expressão quando a família já se encontra separada. A separação dos pais e o inevitável afastamento de um dos genitores da presença do filho impediria a guarda conjunta”.²⁴

E artemata – de que guarda conjunta não é guarda, é atribuição de prerrogativas.²⁵

Nisso é secundado por Karen Nioac de Salles,²⁶ quando afirma ser o objetivo da guarda conjunta o exercício em comum da autoridade parental em sua totalidade, estendendo aos pais as mesmas prerrogativas na tomada de decisões acerca dos destinos de seus filhos agora criados sob a ótica da separação dos pais. Importante, portanto, para o desate da guarda compartilhada será a cooperação dos pais, não existindo espaço para aquelas situações de completa dissensão dos genitores, sendo imperiosa a existência de uma relação pacificada dos pais, e um desejo mútuo de contribuírem para a sadia educação, e formação de seus filhos, especialmente por se apresentarem psicologicamente traumatizados pela separação de seus pais.

Fique, portanto, plenamente clarificado que na guarda compartilhada não interessa quem estará detendo a custódia física do filho, como acontece na guarda unilateral, ou no seu arremedo de guarda alternada, pois na guarda conjunta não conta o tempo de custódia, tratando os pais de repararem suas tarefas parentais, assumindo a efetiva responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos – e não só a um deles, como usualmente sucede.²⁷

5.11. A guarda compartilhada pressupõe consenso

A guarda conjunta não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para o seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, ob. cit., p. 264.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 97.

²⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do Direito de Família*, São Paulo: RT, 2002, p. 308.

pais. Deve ser tido como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora tenha consolidado a perda de sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de inteira realização parental empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole.

Para essa modalidade de guarda repartida – compartilhada, sua adoção exige “que ambos os pais manifestem interesse em sua implementação, pois não haveria como compelir um genitor a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não a deseja, sob o risco de não atingir o seu resultado inicial”.²⁸

Não é da índole da guarda compartilhada a disputa litigiosa, típica dos processos impregnados de ódio e de ressentimentos pessoais, que pensam ser compensados pela decisão judicial, de definir a guarda a um dos contendedores, mostrando a sentença ao outro, pensam os contendedores, que o julgador reconheceu no vencedor da demanda a existência de maiores e melhores atributos como genitor, ao lhe outorgar a “propriedade” sobre o filho.

Como a guarda compartilhada pressupõe o consenso, que não podem exercê-la casais separados, que não mantenham qualquer diálogo e relação de espontâneo entendimento, com espíritos pacificados pela total resolução das diferenças, e das represadas, que precisam ser desfeitas a tempo de permitir a serena adoção da guarda conjunta, só praticável por mútuo consenso.

Como observa José Sebastião de Oliveira, na guarda compartilhada:

“tudo é feito em conjunto (...) Diante do magistrado que dirige os trabalhos e procura manter o diálogo entre os ex-cônjuges são fixadas todas as diretrizes que ambos cumprirão, em conjunto, para que não sofram seus filhos as consequências da separação ou do divórcio”.²⁹

Nem haveria condições de forçar a guarda compartilhada em sentença judicial, embora inexistia na lei brasileira qualquer vedação à sua adoção, sua escolha só encontra admissão na ação consensual de guarda ou de separação, como faz ver Pedro Augusto Lemos Carcereri:

“(...) a sentença judicial não pode impor à parte o exercício de um direito subjetivo. Seria, na verdade, atribuir um dever, que, no caso da guarda conjunta, por não possuir respaldo legal, ofenderia o princípio constitucional de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (CF, art. 5º, II)”.³⁰

²⁸ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de, ob. cit., p. 101.

²⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de, ob. cit., p. 310.

³⁰ CARCERERI, Pedro Augusto Lemos, site citado.

Não há lugar para a guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas dissensões pessoais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio.³¹

Guarda conjunta não é guarda repartida, como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal. Existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os separandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais. É seguro aduzir que nesse quadro dos acontecimentos, a cena reverteria para o acirramento dos ânimos, e para a perpetuação dos conflitos, repercutindo este ambiente hostil de modo negativo, para causar severos danos à saúde psicológica dos filhos, e comprometer sua estrutura emocional. Relações de chantagens, e excesso de liberdade são prejudiciais ao desenvolvimento dos filhos, são artifícios de pais em arrito, para cativarem o agrado da prole, desconectados do altíssimo risco dessas licenciosidades criarem uma incontornável crise de autoridade, e de adaptação dos filhos, que devem ser conduzidos para sua estável inserção na vida social.

A guarda compartilhada tem por objetivo dar continuidade ao exercício recíproco da autoridade parental, e não para servir como fomento aos nefastos mecanismos já presentes de patológica hostilidade, onde imperam as graves desavenças do casal, causa da ruptura e de seu insepulto desafeto.

Desse modo, apenas factível a guarda conjunta por acordo em processo amistoso de separação judicial, ou de guarda, pois apenas por consenso e consciência dos pais será possível aplicar a custódia compartilhada, que se mostra de todo inviável no litígio, com os pais em conflito, já que atentaria contra a saúde psíquica, e emocional da prole, que perde seus valores, seu norte e suas referências, mantendo problemas

³¹ “Guarda conjunta de filho menor. Impossibilidade por não preservar os interesses da criança. A chamada *custódia conjunta*, mostra-se prejudicial à formação psicológica da criança, por impor em situação não definida e ausência de um lar estável. Recurso conhecido e provido em parte.” (AC nº 38523396, Relatoria Des. Haydevalda Sampaio – J. em 06.05.1996 – in DJU 07.08.1996, p. 13.094). “ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada consiste em transferir o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido.” AC nº 70005760673 da 7ª CC do TIRRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, J. em 12.03.2003.

reais de adaptação, e perdidos num mundo de disputa insana, de crise da dupla autoridade dos pais, que só terão olhos para construir uma relação de amor unilateral compensando com a atenção exagerada dos filhos a dor sofrida pela ausência daquele amante, co-genitor, que já não mais habita em seu lamurioso coração.

6. A presunção relativa na recusa à perícia em DNA

6.1. A filiação

Advém da Carta Política de 1988 a exclusão de qualquer carga de discriminação no campo da filiação, como procedia largamente o Código Civil de 1916, elitizando os filhos a partir do matrimônio dos pais. Nesse sentido existiam os filhos legítimos, legítimos, ilegítimos, esses últimos subclassificados como naturais e espúrios (adulterinos e incestuosos).¹ Os filhos preferidos faziam contraponto aos filhos preteridos, e toda a legislação precedente à Constituição Federal exercia clara inclinação discriminatória, chegando ao extremo de proibir a pesquisa processual do vínculo biológico de filhos extramatrimoniais.

Mas novos ventos desenharam os atuais contornos da filiação, agora aposta pelo prisma do sexo parágrafo do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, proibindo a adoção de qualquer designação discriminatória, sendo regra geral a igualdade dos vínculos, embora e assim observa Guilherme Gama,² ainda prevaleça a subdivisão entre filhos do matrimônio e dos não-matrimonializados, apenas para fins de reconhecimento formal da paternidade, considerando que deita sobre o casamento uma natural a automática presunção de vínculo paternal.

Desse modo, complementa Guilherme Gama: “deve ser considerada a classificação que leva em conta o critério da existência (ou não) do casamento entre os seus pais, para fins de designá-los de: a) filhos matrimoniais; b) filhos extramatrimoniais”.³

Não foge à lembrança jurídica que a filiação biológica preenche apenas uma das espécies do estado de filiação, existindo outros fatos que lhe são igualmente determinantes, como a adoção, a inserção artificial

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 466.

² Idem, p. 471.

³ Idem, p. 470.