

26. GUARDA COMPARTILHADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: entre a tutela da personalidade da criança e do adolescente e concessão ao poder familiar.

Kelly Cristine Baião Sampaio
Lara Rodrigues De Moraes
Luiza Dustan Ribeiro De Souza

Palavras-chave: Direito de Família. Melhor interesse da criança e do adolescente. Guarda Compartilhada. Obrigatoriedade.

O advento da lei 13.580/14 que implementou o instituto da guarda compartilhada obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro e inseriu o §2º no artigo 1584 do Código Civil, gerou inúmeras discussões doutrinárias a respeito da polêmica aplicação do instituto, notadamente nos casos em que não há acordo entre os pais quanto à guarda do filho. A regra passou a ser a guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, quando ambos os pais estiverem aptos a exercer o poder familiar, ressalvado o caso em que um dos genitores declarar que não deseja a guarda do menor.

Decerto é que a instituição da guarda compartilhada obrigatória no ordenamento jurídico pátrio foi fruto de longas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em que se constatou o alto índice de alienação parental e abandono afetivo no seio da guarda unilateral e, sem dúvidas, objetivando-se com o instituto um avanço na busca pela proteção dos direitos da criança e do adolescente conferidos pela Constituição Federal de 1988, especificamente no que tange ao direito à convivência familiar, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, portanto, sua proteção integral, ambos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Não obstante tenha sido um avanço quanto à conscientização da coparticipação dos genitores na formação da identidade dos filhos, para a sua aplicação devemos considerar a complexidade e sensibilidade da entidade familiar, ressaltando que a guarda é consequência de ausência de vida em comum dos pais, sejam solteiros, ou em razão de divórcio, separação ou dissolução da união estável. As críticas ao instituto decorrem da hipótese litigiosa, exatamente por não mais subsistir uma concordância na convivência entre os cônjuges e companheiros e falta de diálogo, o que muitas vezes leva a um ambiente conflituoso e de difícil ou impossível comunicação e colaboração entre as partes. Em virtude disso, o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada nesses casos de dissenso entre os genitores, pode gerar, na prática, exatamente o contrário do que a norma objetiva alcançar.

A aplicação indiscriminada do instituto sem uma análise profunda de cada situação fática, como demanda a complexidade de cada entidade familiar existente e sua singularidade, pode deixar as crianças e adolescentes expostos a uma zona de conflito frequente entre os genitores e com riscos a uma alienação parental ainda mais grave e recorrente que aquela do instituto da guarda unilateral, uma vez que a lei obriga os genitores que se separaram (e aqui utilizo o significado de separação “lato sensu”) litigiosamente, a entrarem em frequentes acordos com relação à criação e desenvolvimento da criança ou adolescente.

Com o crescente receio de que o instituto da guarda compartilhada não esteja atingindo suas finalidades, mas sim gerando situações exatamente contrárias, de aumento da alienação parental, de prejuízos ao desenvolvimento físico e psíquico da criança ou adolescente, lesionando direitos constitucionais, tem-se a inquietação baseada na aparente aplicação jurisprudencial indiscriminada da regra. Há, inclusive, casos de genitores que moram em diferentes locais e a frequente confusão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.

Buscar-se-á realizar nesse estudo uma reflexão a respeito das possíveis consequências prático-teóricas da lei 13.580/14 e a provável necessidade de fixação de parâmetros para aplicação de uma guarda compartilhada hábil a atingir seus objetivos.

O presente estudo possui extrema relevância social e jurídica no sentido de que busca demonstrar os riscos da simples aplicação técnica das regras impostas pela lei no âmbito complexo do direito de família, e como essa tecnicidade pode não respeitar princípios básicos do ECA, corrompendo a própria finalidade da lei, além de prejudicar os menores vulneráveis que a Carta Magna priorizou proteger e garantir direitos. Como pessoas em desenvolvimento, é preciso zelo na tomada de decisões em que possam ser suscetíveis a graves problemas psicológicos e de desenvolvimento na medida em que a guarda compartilhada obrigatória os coloca em ambiente frequentemente conflituoso e degradante, uma vez que os pais raramente estão preparados para exercer sua corresponsabilidade parental nesse contexto.

Devemos refletir se a guarda compartilhada deve mesmo ser aplicada a qualquer caso como regra praticamente absoluta, afinal, de que nos serve garantir à criança e ao adolescente o convívio igualitário com ambos os genitores quando esse convívio é muito mais prejudicial do que aquele consagrado pela guarda unilateral através da fixação do direito de visita? É necessário manter em mente que na guarda unilateral não há destituição do poder familiar daquele genitor que não detém a guarda física do menor, ao contrário, os direitos e deveres de ambos os pais continuam os mesmos, no entanto, a guarda unilateral não exige a frequente comunicação, colaboração e concessões mútuas diárias entre os genitores, que são a principal fonte dos conflitos nessa conjuntura, sendo que até mesmo quando há casamento e união estável, ou seja, presumido consenso entre os genitores, é desafiador o acordo quanto à criação, educação e desenvolvimento do filho.

A metodologia empregada no presente estudo é a civil-constitucional, tomando-se por base análise bibliográfica de produções acadêmicas de estudiosos do Direito de Família, de obras doutrinárias especializadas no instituto da Guarda no ordenamento jurídico, além da pesquisa e análise jurisprudencial de diversos Tribunais pátrios a fim de entender como o instituto da guarda compartilhada tem sido aplicada e quais os parâmetros tem sido utilizados pelo Magistrado na fundamentação de suas decisões.

O marco teórico utilizado tem por arcabouço a análise doutrinária e jurisprudencial dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, que instituíram os filhos como destinatários principais da prestação jurisdicional, que deve ser norteada pelo princípio do melhor interesse da criança e pelo princípio da proteção integral, de modo que a solução dos conflitos deve ser pautada pela busca da efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, deixando os menores de serem meros objetos das controvérsias judiciais para evoluírem ao status de pessoas titulares de direitos. Nesse sentido, a aplicação da guarda compartilhada deve ser efetivada com muita cautela, visto que essa sempre se subordina aos princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral, de forma que deve sempre ser afastada quando outra espécie de guarda for mais saudável ao desenvolvimento do menor no caso concreto.

Referências Bibliográficas

VILELA, Renata; ALMEIDA, Vitor. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial. Comentários ao REsp 1.251.000/MG. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/guarda-compartilhada/>>. Data de acesso: 29 de abril de 2018.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MARX NETO, Edgard Audomar . GUARDA COMPARTILHADA: ENTRE O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS. In: Tereza Cristina Monteiro Mafra; Valéria Silva

Galdino Cardin; Luciana Costa Poli. (Org.). Direito de Família de Sucessões. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2015, v. 1, p. 382-398.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Criminalizar a alienação parental é a melhor solução? Reflexões sobre o projeto de lei no 4488/2016. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/criminalizar-a-alienacao-parental/>>. Data de acesso: 29 de abril de 2018.

COSTA, Ana Paula Motta; PAIXÃO, Rodrigo Freitas. A Lei 13.058/2014 e a possibilidade de um dos genitores optar por não exercer a guarda compartilhada do filho frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-lei-e-a-possibilidade-de-um-dos-genitores/>>. Data de acesso: 29 de abril de 2018.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A família democrática. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 13-14, p. 47-70, 2005.