

A CARTA MAGNA E O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA, APÓS AS LEIS DE REGÊNCIA DA MATÉRIA, E A NECESSÁRIA IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES ENTRE HOMENS E MULHERES.

A partir da Constituição Federal de 1988; não obstante o reconhecido valor da tutela jurisdicional das relações familiares, antes por intermédio do Código Civil de 1916, e, portanto, ao menos até o início da vigência da Lei nº 10.406 de 2002 e legislação infraconstitucional posterior e acerca de diferentes temáticas; tal diploma regulamentou importantes dispositivos da Carta Magna, numa verdadeira reestruturação do nosso Direito Civil, a ponto de se distanciar do modelo individualista, patrimonialista e francamente conservador do Código Civil anterior (de Clóvis Beviláqua); eis que o legislador pátrio ampliou o conceito da(s) família(s) brasileira(s), incorporando novos e modernos desenhos e elementos de sua conceituação, a exemplo dos princípios da pluralidade das entidades familiares, da premente igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres e do mesmo modo quanto às relações homoafetivas - com a proibição de qualquer discriminação no que tange à origem da prole, do planejamento e da convivência familiar; como prioridade absoluta da criança e do adolescente, além dos princípios da facilitação da dissolução do casamento, com o fim da antiga separação judicial e de qualquer tipo de discussão acerca da culpa para o término do matrimônio ou da união estável das partes (então, constitucionalmente, equiparada ao mencionado instituto); da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Daí que houve a necessidade do desenvolvimento e da rápida adequação do tipo de guarda de menores, filhos de pais/mães que vivem em locais separados, a qual foi atribuída o nome de guarda compartilhada, sendo que tal instituto jurídico deve ser aplicado com prioridade, claro sempre que necessário, na estrita observância do melhor interesse da criança e do adolescente envolvido(s) na ação, visando o seu desenvolvimento e futuro saudáveis, a beneficiar não apenas os parentes e pessoas mais próximas, como também a sociedade onde está inserido aquele núcleo familiar.

Dentro deste novo contexto do Direito de Família no Brasil, denotamos que a guarda compartilhada significa que aqueles que detêm o poder familiar, estabelecido em virtude dos respectivos vínculos da paternidade e da maternidade, são responsáveis de maneira solidária e em perfeita igualdade de condições pela boa educação e eficaz desenvolvimento do (a) filho (a), o que reduz os efeitos de uma (possível) separação conturbada. Destarte, resta evidenciada a importância da definição do que é e como está sendo trabalhada a questão da guarda compartilhada no país, por parte dos operadores de direito estudiosos do assunto, dentro desse modelo de guarda dos filhos, que surgiu com as Leis Federais 11.698 de 2008 e 13.058 de 2014, que modificaram – em particular – o parágrafo 2º do crucial artigo 1.584 do Código Civil Brasileiro.

Pois bem, as atenções da legislação na ocasião se voltaram aos interesses específicos da criança e do adolescente, fazendo com que a guarda compartilhada seja (na grande maioria das vezes) aplicada de ofício dentro das ações litigiosas de divórcio e/ou de dissolução de união estável cumulada com visitas e convivência, ou mesmo em tutela cautelar antecedente de qualquer uma delas; porquanto esse(a) filho(a) dos (das) litigantes não pode esperar pelo deslinde da questão.

Aliás, reforço que seja a requerimento de um ou mesmo dos dois genitores ou, normalmente, por decreto do juiz da vara de família, a guarda compartilhada assegura à prole tanto uma maior convivência, como o livre acesso à casas paterna e materna, isto depois de definida em qual delas ele/ela irá morar efetivamente, uma vez que a existência de tal lar referencial também é de suma importância.

Além do mais, não obstante o teor dos parágrafos anteriores, devemos mencionar a hesitação de boa parte dos familiaristas nessa temática, talvez porque não estavam plenamente satisfeitos com a divisão conjunta da guarda, numa simples discordância do seu conceito, ou ainda por uma certa confusão entre esta e a guarda alternada; antes da lei disciplinar que a guarda compartilhada seria a regra e não a exceção dentre as modalidades de guarda de filhos(as) de casais separados.

Neste particular, destacamos algumas das vantagens da aplicação da guarda compartilhada, quais sejam: o contato regular possibilita a ambos os titulares do poder familiar que acompanhem o crescimento de seu/sua filho(a); pai e mãe poderão transmitir seus próprios valores na educação do infante; o (a) menino (a) se sentirá à vontade e seguro (a) na casa paterna e/ou materna; o filho não irá desenvolver nenhum sentimento de culpa, que chega a ser comum em crianças que se sentem objeto da disputa dos genitores; evita a quebra de vínculo sentimental e a perda do amor filial e, ainda, a circunstância de que pai e mãe, com esta divisão de atribuições, terão mais tempo para si mesmo (a) e para uma eventual nova família.

De modo que, ao menos até a entrada em vigor das referidas leis federais, tratando-se de uma matéria altamente sensível (o da proteção da pessoa de um/a filho ou filha) e sendo a legislação, naquele momento, lacunosa, predominava a insegurança jurídica, o que acabava motivando de vez a não aplicação de uma possível guarda conjunta.

Então, com as modificações impostas pelos aludidos diplomas, nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, a guarda compartilhada passou a figurar como regra e a unilateral como excepcional, observados sempre os prementes princípios da proteção integral, da paternidade responsável e, notadamente, o do melhor interesse da criança (e/ou do adolescente).

Para tanto, os genitores têm de pensar verdadeiramente nesse melhor interesse e no bem estar de seus filhos, a fim de que eles mesmos possam continuar acompanhando e compartilhando a educação, a saúde e a rotina dos menores; motivação pela qual podemos concluir que a guarda compartilhada deve ser decretada se for e restar cabalmente demonstrada na tramitação do processo a sua conveniência em benefício da prole.

Em outras palavras, a rigor, a guarda compartilhada exige harmonia e desprendimento do ex-casal (ex-conviventes), verificando-se as condições e circunstâncias favoráveis de apoio recíproco durante a formação da personalidade da criança, justamente no precípua interesse da rápida adaptação dela à nova vida, numa medida eficaz e necessária, evitando os possíveis prejuízos já ventilados.

Ocorre que, sem dúvida, cabe reforçar que tal instituto é essencial para a formação sadia do(da) infante, a partir de uma relação harmoniosa e habitual com seu genitor e sua genitora, tudo isso no pleno sentido da proteção integral do menor e do conhecido e multicitado princípio do melhor interesse dessa pessoa em formação.

A propósito desse tema de tanta relevância, permito-me transcrever uma elucidativa doutrina, em 02 (dois) trechos, da lavra do advogado gaúcho e Diretor Nacional do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), o eminente professor Rolf Madaleno, “in verbis”:

A guarda compartilhada legal procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se a realizarem da melhor forma possível suas funções parentais. (Manual de Direito de Família / Rolf Madaleno – 3ª Edição – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 122)

A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egocêntrico dos pais. (idem)

Finalmente, podemos dizer que as vantagens da guarda compartilhada são muito maiores que as desvantagens, isto porque permite a melhora na autoestima e no rendimento escolar do(a) filho(a), a diminuição dos sentimentos de tristeza, frustração, rejeição e do medo de abandono, permitindo uma acessibilidade sem problemas a ambos os genitores. De tal sorte que, igualmente, ajuda na inserção saudável do menor na nova vida familiar de cada uma das partes, além de proporcionar uma convivência igualitária.

Ou seja, o moderno direito de família está constituindo a guarda compartilhada como uma espécie de modelo ideal para essa nossa vivência interpessoal nessa primeira metade da 3ª década do século XXI; que é a possível e pertinente definição através da qual o indivíduo vai se relacionar melhor com o próximo, distinguindo sentimentos (intenções, motivações e estados de ânimo) pertencentes ao outro, buscando reagir em função destes sentimentos, sendo considerado um avanço nesse campo; proclamando-se, com ela, a igualdade dos genitores em face da formação dos descendentes e impondo a ambos os lados obrigações comuns e recíprocas com relação à educação e ao desenvolvimento do(s) menor(es), significando - a rigor - que os filhos sejam criados de uma forma saudável por seus dois genitores.

Autor: VICENTE DE OLIVEIRA ROCHA PINHEIRO, Juiz de Direito do TJAM (Titular da 6ª Vara de Família); Especialista em *Direito Civil e Direito Processual Civil* e em *Direito Público: Constitucional e Administrativo*, ambos pelo CIESA; e Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).