

GUARDA COMPARTILHADA COMO PRIMEIRA OPÇÃO EM CASOS DE DISSENSO É UMA SIGNIFICATIVA CONQUISTA

por Olivia Fürst e Samantha Pelajo
in Tribuna do Advogado (OAB/RJ), Agosto de 2009

Há tempos, vinha-se acolhendo a guarda compartilhada como uma possibilidade concreta, condicionando-se, no entanto, seu cabimento à convergência de vontades e seu exercício a um bom entrosamento entre os genitores.

Novos conceitos, mais afinados com as demandas sociais da atualidade, passaram, no entanto, a apontar em outra direção. Há precisamente um ano, entrou em vigor a Lei no 11.698/08 que, em consonância com os princípios constitucionais da convivência familiar plena, da paternidade responsável, do melhor interesse da criança e do adolescente e da igualdade entre o homem e a mulher no exercício do poder familiar, conferiu nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, incorporando a guarda compartilhada ao ordenamento jurídico pátrio.

A evolução legislativa caminhou firmemente no sentido do acolhimento e da aplicabilidade dessa nova modalidade de guarda. A guarda compartilhada passa a ser opção primeira justamente nos casos de dissenso! Certamente, muito em função da constatação de que o dissenso não é suprimido a partir da instituição da guarda unilateral, muito ao contrário: é fomentado. E o vínculo dos filhos com o genitor não guardião, muitas vezes, tende ao esvaziamento.

Preceitua o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil que, ‘quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada’.

Para o estabelecimento da guarda exclusiva – ainda reproduzida na lei -, há de haver um significativo desequilíbrio de possibilidades ou disponibilidades no atendimento aos filhos menores, notadamente em questões concernentes a afeto, saúde, segurança e educação. Se, no entanto, ambos os genitores apresentam condições satisfatórias para o exercício da guarda dos filhos, não mais se justifica a responsabilidade unilateral.

A ressalva – ‘sempre que possível’ – permite ao juiz apreciar as singularidades do conflito que acomete cada família e decidir de forma adequada ao caso concreto. Entretanto, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, a interpretação deve ser muito cuidadosa para não comprometer

a consubstanciação dos objetivos da lei.

De fato, o exercício conjunto da guarda dos filhos menores é muito novo e distante da cultura que permeou as últimas décadas. A concepção de mãe exclusivamente cuidadora e pai exclusivamente provedor, embora completamente dissonante da contemporaneidade, ainda se mostra muitíssimo arraigada, quando, na verdade, não há mais espaço para se pensar em um genitor “guardião” e um genitor “visitante” e sim em convivência parental plena, cotidiana e participativa.

O desconhecido provoca receio. Poder experimentá-lo, ainda mais quando legitimado pelo Estado-Juiz, através de decisão ponderada e fundamentada, faz com que a insegurança e a resistência sejam paulatinamente dissipadas.

A convicção de que, a despeito do desfazimento do vínculo conjugal, precisa-se manter vivo, forte e saudável o vínculo parental, deve pautar a postura dos pais. Sob nenhuma hipótese, pode-se permitir que o desgaste inerente à separação comprometa a legitimação recíproca, enquanto co-responsáveis pelo delineamento do percurso a ser trilhado pelos filhos ao longo da infância e da adolescência. Aos filhos, na qualidade de pessoas em especial condição de desenvolvimento, ainda em fase de formação de sua personalidade, a guarda compartilhada propicia uma atuação parental colaborativa e complementar, com divisão das responsabilidades pelas decisões e atribuições cotidianas, assim como pela transmissão de valores, princípios e experiências, ainda que os tempos de convivência não sejam idênticos e que a criança ou o adolescente tenha como referencial de moradia a casa de um de seus pais.

Tendo em vista que o Código Civil prevê, em seu novo artigo 1.584, inciso II, § 3º, a intervenção de equipe interdisciplinar, o Ministério Público e o Juízo de Família poderão sugerir aos jurisdicionados que conheçam a proposta da mediação familiar. Quando se pensa em construir consenso e definir responsabilidades em relação a filhos menores, a mediação de conflitos encontra uma pertinência muito concreta.

A previsão legal da guarda compartilhada, como regra, e da mediação familiar, como instrumento de diálogo voltado à sua efetivação, representa, sem dúvida, uma significativa conquista para a sociedade brasileira.