

Os impactos da Pandemia da COVID-19 no direito de família: o direito fundamental à convivência família

Hemerson Luiz Pase*
Manuela Medeiros Parada**
Ana Paula Dupuy Patella***

Resumo: O trabalho abordará a alienação parental, relacionando-a com a guarda compartilhada, bem como, irá tratar dos impactos causados pela Pandemia do COVID-19 no direito de família, mais precisamente, o direito fundamental à convivência familiar. Assim, surge o questionamento de por que os magistrados não seguem os critérios dispostos na Lei 13.058/2014 em suas decisões? A hipótese é que os operadores de direito levam em conta seus princípios, crenças e convicções pessoais, ao passo que, muitas vezes ferem o princípio da imparcialidade o que dificulta a efetivação da Lei 13.058/2014 que disciplina acerca do instituto da guarda compartilhada. Para tanto, a presente investigação objetiva analisar o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos familiares, definição de guarda e responsabilidades dos filhos e relacionar as estimativas do judiciário no que se refere às decisões de guarda compartilhada. A metodologia utilizada foi a qualitativa, por meio de entrevistas semiestruturadas foram entrevistados 15 advogados e 5 magistrados atuantes nas Varas de Família dos Municípios de Rio Grande, Pelotas e Santa Vitória do Palmar, para analisar de forma qualitativa os apoiadores e contrários à guarda compartilhada. Sendo confirmado que embora os julgadores analisem as provas e tenham consciência da Lei, ainda assim, a influência das suas convicções pessoais pesa mais, e acabam não aplicando o que é definindo como regra na Lei 13.058/2014 em suas decisões.

Palavras-Chave: Pandemia; Poder Judiciário; Guarda Compartilhada; Convivência Familiar; Alienação; NEPPU.

The impacts of the COVID-19 Pandemic on family law: the fundamental right to family life

Abstract: The work will address parental alienation, relating it to shared custody, as well as addressing the impacts caused by the COVID-19 Pandemic on family law, more precisely, the fundamental right to family coexistence. Thus, the question arises as to why the magistrates do not follow the criteria set out in Law 13.058 / 2014 in their decisions? The hypothesis is that legal operators take into account their personal principles, beliefs and convictions, while they often violate the principle of impartiality, which makes it difficult to implement Law 13.058 / 2014, which governs the shared custody institute. To this end, the present investigation aims to analyze the role of the judicial system in the solution of family conflicts, definition of custody and responsibilities of the children and to relate the estimates of the judiciary regarding the decisions of shared custody. The methodology used was qualitative, through semi-structured interviews, 15 lawyers and 5 magistrates working in the Family Courts of the Municipalities of Rio Grande, Pelotas and Santa

* Doutor em Ciência Política. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) onde também leciona no Curso de Graduação em Relações Internacionais. Coordenador do Núcleo de Estudos em Políticas Públicas e Opinião (NEPPU/FURG), e-mail: hemerson.pase@gmail.com.

** Mestre em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Atua como pesquisadora voluntária no Núcleo de Estudos em Políticas Públicas e Opinião (NEPPU/FURG), e-mail: manu.parada@hotmail.com.

*** Doutoranda em Ciência Política na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal de Rio Grande - FURG (2017), especialista em Gestão Pública e Desenvolvimento Regional pela UFPel (2015), Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010). Atua como pesquisadora voluntária no Núcleo de Estudos em Políticas Públicas e Opinião (NEPPU/FURG), e-mail: anapaulapatella@gmail.com.

Vitória do Palmar were interviewed, in order to qualitatively analyze the supporters and opposed to shared custody. It is confirmed that although the judges analyze the evidence and are aware of the Law, even so, the influence of their personal convictions weighs more, and they end up not applying what is defined as a rule in Law 13.058 / 2014 in their decisions.

Keywords: Pandemic; Judicial power; Shared custody; Family living; Alienation; NEPPU.

Introdução

O trabalho analisa a relação entre a alienação parental e a guarda compartilhada como antídoto para aquela. Também irá tratar dos impactos que a Pandemia da COVID-19 causou no direito de família, mais especificamente no direito fundamental à convivência familiar garantido pela Constituição Federal de 1988 no art.227, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.19.

A presente investigação objetiva analisar o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos familiares, definição de guarda e responsabilidades dos filhos e relacionar as estimativas do judiciário no que se refere às decisões de guarda compartilhada. Para tanto, inicialmente será discutida a questão da convivência parental no período da pandemia, se deve ser mantida ou suspensa, por conta da necessidade do isolamento social para evitar o contágio, pois o coronavírus apresenta uma grande velocidade de transmissão.

Em um segundo momento, questiona-se a efetividade da Lei 12.318/2010 que disciplina sobre a alienação parental, tendo em vista que o Poder Judiciário não reconhece, detecta ou valoriza esse fenômeno que continua devastando vidas e deixando marcas por toda vida das crianças e das vítimas envolvidas no processo de alienação. Nesse sentido a pandemia tornou-se mais uma justificativa para os alienadores afastarem o filho do outro genitor, prejudicando o melhor interesse do menor já que esse necessita da presença de ambos os genitores na sua vida para que tenha um desenvolvimento completo e saudável.

Diante disso, surge o questionamento de por que os magistrados não seguem os critérios dispostos na Lei 13.058/2014 em suas decisões? A hipótese é que os operadores de direito levam em conta seus princípios, crenças e convicções pessoais, ao passo que, muitas vezes ferem o princípio da imparcialidade o que dificulta a efetivação da Lei 13.058/2014 que disciplina acerca do instituto da guarda compartilhada.

A metodologia utilizada para realização do trabalho é exploratória, por meio de questionários semiestruturados foram entrevistados 20 operadores do direito, dentre eles 5 magistrados e 15 advogados atuantes nas Varas de Família das Comarcas de Rio Grande, Pelotas e Santa Vitória do Palmar visando analisar de forma qualitativa os apoiadores e contrários à guarda compartilhada. Assim, no trabalho foram expostos os resultados e

discussões, a partir da análise desses dados com a finalidade de compreender quais os critérios que os magistrados utilizam em suas decisões e sua relação com o princípio a imparcialidade.

Por fim, a escolha do tema pautou-se na necessidade de um novo olhar para o tema da alienação parental seja, pelo Poder Judiciário, pela sociedade como um todo, por causa do aumento dos casos de conflitos familiares envolvendo processos de disputa entre genitores e, especialmente por envolver o interesse de da criança e do adolescente. É dever dos pais perceberem os filhos como cidadãos de direitos próprios. Precisam compreender que o conflito existente entre eles não poderá inserir os filhos. O guardião precisa enxergar que é encargo dele garantir a efetivação do direito do filho à convivência familiar e comunitária, visto que é direito da criança e do adolescente ser criada e educada no seio de sua família, vislumbrando com isso seu desenvolvimento integral.

1 Os impactos da Pandemia da COVID-19 e o direito à convivência familiar

A pandemia da COVID-19 colocou as famílias em isolamento nas suas residências por tempo integral, por conta do novo coronavírus, forçando a todos a encontrarem outros formatos de se relacionar e conviver já que tudo fica mais intenso e desafiador. Porém para os casais separados com filhos menores, isso se torna ainda mais custoso. Pois, além das dificuldades e dos riscos inerentes à pandemia, especialmente pela velocidade de transmissão do coronavírus, que torna o isolamento social o meio de prevenção mais eficaz.

Para Teixeira (2019) a pandemia impactou profundamente no direito de família, especialmente no que tange à convivência familiar:

“Diante das medidas de segurança que reverberaram no Poder Judiciário, muitos ex-casais se viram diante da necessidade de se restabelecer o diálogo (mesmo que forçadamente) para negociarem novas possibilidades para esse período, pois precisavam encontrar soluções que protegessem os filhos e, em alguma medida, atendessem às expectativas de convivência entre pais e filhos. Para aqueles que não conseguiram resolver consensualmente, o Poder Judiciário foi procurado para dar solução aos conflitos. As demandas que proliferaram nesse momento se referem, principalmente, ao exercício da convivência familiar”.

Assim, manter a convivência familiar foi alvo de grandes discussões entre os operadores do direito. Não restam dúvidas de que a suspensão da convivência parental de forma injustificada, mesmo que em tempos de pandemia, configura-se prática de ato de alienação parental, não devendo ser permitida pelo Poder Judiciário.

A convivência familiar é um direito fundamental, previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988 e no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Artigo 227 – “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Artigo 19 – “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Dessa forma as justificativas para sua suspensão precisam ser relevantes e causar riscos para a criança ou para aqueles que vivem ao seu redor. Caso contrário, busca-se conservar a convivência, prioritariamente, e, dentro do possível, preservar a saúde de todos. Sendo assim, tanto a mãe quanto o pai devem ficar responsáveis pela criança inteiramente pelo tempo de convivência, até mesmo com a incumbência de auxiliar nas atividades escolares remotas recomendadas. Uma possível solução seria reverter esse período de isolamento em férias, ampliando os dias em que o menor ficará com cada um dos genitores, e assim diminuir os deslocamentos e os riscos decorrentes dele.

Recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), proferiu uma decisão que suspendeu a convivência entre pai e filha pelo período de 14 dias, pelo fato de o genitor ter viajado para a Colômbia, e passado por vários aeroportos internacionais e desejava visitar a filha de dois anos que estava enquadrada no grupo de risco por conta de problemas respiratórios. Sendo assim, diante do caso concreto e dos riscos iminentes de contaminação, foi decidido que o pai deveria ficar em isolamento 14 dias, caso não apresente sintomas da COVID-19, após esse período a convivência será restabelecida.

Durante a suspensão do convívio entre pais e filhos, torna-se importante manter o convívio virtual, por chamadas de vídeo ou outros meios tecnológicos ou telefone. No caso narrado foi fundamental estipular o período de suspensão da convivência, ainda que possa ser prorrogado, pois isso impede que haja um ambiente propício para o cometimento de atos de alienação parental, já que a pandemia acabou servindo como mais uma justificativa para os alienadores afastarem a criança do outro genitor.

Com relação à importância do direito à convivência familiar para o pleno e completo desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, os Tribunais pátrios têm se mostrado

menos rigorosos no que tange ao direito de convivência familiar em decorrência da pandemia do COVID-19.

Como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)¹ que decidiu pela suspensão temporária do direito de convivência familiar entre pai e filho, justamente por entender que o trabalho do pai de alta probabilidade de exposição ao COVID-19, levando em consideração o melhor interesse da criança. Na decisão ficou evidente se tratava de um caso de especial por causa das restrições de deslocamento de pessoas em todo mundo, com a finalidade de evitar a propagação do coronavírus. Porém, essa suspensão da convivência perduraria, em consonância com as restrições recomendadas pelas autoridades públicas de saúde.

Igualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)² proferiu a respeito da suspensão temporária do direito de convivência entre pai e filho fundamentado na necessidade da medida pelo fato de residir à criança com pessoa enquadrada em grupo de risco do COVID-19. Destacando, contudo, na decisão a importância do vínculo paterno-filial, motivo pela qual o convívio com o genitor deveria acontecer, nesse momento, de forma virtual, por meio de chamada de vídeo.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)³ entendeu da mesma forma e manifestou-se no sentido de suspender o direito de convivência familiar entre pai e bebê de menos de 1 ano de idade, em atenção à pouca imunidade de criança na primeira infância, inserindo-se ela em grupo de elevado risco. Portanto, alterou-se, temporariamente, a forma de convívio para o meio virtual no período em que durar a pandemia de coronavírus, e enquanto houver a necessidade de isolamento social.

Ocorre que no dia 25 de março, o Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) divulgou um documento com "recomendações para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da COVID-19":

“10 – Recomenda-se que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência – previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente”.

¹ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/busca>. Acesso em 11 jan.2021.

² Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/busca>. Acesso em 11 jan.2021.

³ Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/pai-deve-fazer-visita-virtualafilha-duranteapandemia-de-coronavirus>. Acesso em 11 jan.2021.

Percebe-se que a partir da emissão desse documento, a suspensão da convivência familiar, tem sido aplicada de forma indiscriminada, com embasamento na recomendação supracitada, o que denota um entendimento equivocado do texto emitido pelo respectivo órgão. Cabe ressaltar que a recomendação em nenhum momento menciona algo que motive a suspensão da convivência de modo presencial, todavia, recomenda expressamente que não se coloque em risco as crianças e a coletividade.

Dessa forma, a convivência com ambos os genitores precisa ser mantida para assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, ficando a cargo dos pais atentarem-se para saúde dos filhos quando permanecerem sob sua vigilância. Em outras palavras, a regra é que seja mantida a convivência familiar, sendo excepcional a suspensão do convívio físico, se apresentar, comprovadamente, algum risco para o menor ou para aos que convivem ao seu redor, e a decisão de sua realização por mecanismos eletrônicos e virtuais, não pode ser a regra geral.

Após o entendimento equivocado inicialmente, o Poder Judiciário tem trabalhado na resolução dos conflitos familiares de forma mais ágil e, na medida do possível, privilegiando o equilíbrio entre as relações, assim como o melhor interesse da criança e do adolescente diante da atual situação.

Algumas decisões substituem a convivência física do genitor com o filho, e definem a o convívio de modo virtual, fundamentado na segurança do menor e nas recomendações do Ministério da Saúde. Conforme, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná⁴:

“Diante do conhecimento público e notório quanto à pandemia do Coronavírus (COVID-19) que assola o mundo e o país, bem como considerando as diversas restrições determinadas pelos poderes públicos para fins de contenção da proliferação do vírus (orientação de isolamento, evitar aglomerações, suspensão das atividades de shoppings centers, cuidados na higienização, etc.), oportuno acolher o pedido formulado, a fim de restringir, temporariamente e excepcionalmente, o direito de visitação paterno, de modo a evitar que a criança seja retirada do seu lar de referência neste período, expondo-se à contaminação do vírus, assim como os seus familiares e demais pessoas do seu convívio social” (TJPR,2020).

No caso apresentado, a medida se mostrou necessária, tendo em vista, que a criança mora junto com pessoa considerada de grupo de risco, segundo a classificação do Ministério da Saúde. Trata-se de uma medida excepcional, onde é necessário que ambos os genitores devam seguir os cuidados com a criança, logicamente não se rompendo por completo o convívio com nenhum dos genitores, ainda que esse contato se dê por meio virtual.

⁴ TJPR, Autos n. 0018199-09.2019.8.16.0188, Relatora Juíza Fernanda Maria Zerbeto, 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Curitiba. Data da decisão: 20/03/2020.

Diferentemente da decisão supracitada, existem posicionamentos jurisprudenciais distintos que julgam devida a manutenção da convivência e da visitação dos genitores, desde que ausente comprovação de risco à saúde e ao bem-estar do menor. Dessa forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul, confirmando a particularidade de cada caso:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. VISITAÇÃO MATERNA. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO INDEVIDA. A fim de preservar a necessária convivência entre mãe e filha, deve ser mantida a regulamentação da visitação materna, nos moldes estipulados em audiência. Descabida a pretensão de suspensão da visitação diante do evento COVID-19, uma vez que ausente comprovação de que as visitas da mãe importariam risco à saúde e ao bem-estar da criança, presumindo-se que empreenderá todos cuidados necessários para a respectiva preservação. Manutenção da adequada convivência da mãe com a filha menor. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento desprovido” (TJRS,2020).

Independentemente da situação e do relacionamento entre os genitores, o bom senso deveria se sobressair a todos os impasses eventualmente existentes com a finalidade de se buscar o melhor interesse do menor.

2 A efetivação da Lei da Guarda Compartilhada e sua relação com o fenômeno da Alienação Parental

O fenômeno da alienação parental está cada vez mais na vida das pessoas e dos operadores do direito, pois muitos casais, após o divórcio na maior parte das vezes litigioso apresentam grandes dificuldades em separar o vínculo matrimonial da parentalidade e acabam usando a criança e o adolescente para atingir o outro genitor. A alienação parental não tem gênero, mas na maior parte dos casos a mãe é quem pratica os atos, especialmente pelo Judiciário ter a tendência de decidir pela guarda unilateral em favor das genitoras.

A alienação parental pode ser definida como:

Art. 2º “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este” (BRASIL, 2010, Art. 2º).

Podemos compreender a alienação parental como qualquer interferência da mãe ou do pai ou familiares, na tentativa de manipular a criança ou o adolescente que passam a

rejeitar ou romper os vínculos de afeto com o outro genitor, portanto sendo a maior vítima desse fenômeno, vez que necessita da convivência com ambos os pais.

A alienação parental encontra-se disposta na Lei 12.318/2010, bem como na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Código Civil no intuito de preservar a criança e os seus direitos fundamentais, assegurando o convívio com a família, e a sua proteção moral frente às situações que os afetam, tais como: o divórcio dos pais e a perda da referência familiar. Neste sentido:

“Mesmo assim, sob o império de tantas leis, seguem os filhos do divórcio sendo profundamente prejudicados com os litígios judiciais de seus pais e, não raras vezes, se vêem impedidos de usufruir da companhia do genitor não guardião, em flagrante desrespeito ao direito mais do que consagrado de convivência familiar (MINAS e VITORINO, 2014, p.123)”.

Dessa forma, a Lei 12.318/2010 que trata da alienação parental foi um grande avanço vez que veio para discriminar os atos de alienação, bem como coibir e criminalizar quem pratica tais comportamentos elencados no parágrafo único do art.2 da respectiva norma, podendo ocorrer à reversão da guarda dependendo da gravidade do caso. Sendo assim, o parágrafo único do art.2º da citada lei, traz um rol exemplificativo, das hipóteses que caracterizam a alienação parental, dentre elas:

“Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

Ocorre que esse importante instrumento normativo é muito pouco utilizado, principalmente pelo fato da alienação parental não ser conhecida, detectada e valorizada pelo Poder Judiciário. Essa falta de reconhecimento e sensibilidade pode acarretar inúmeros malefícios à criança, podendo trazer consequências desastrosas na vida da criança e do alienado, como é o caso da Síndrome de Alienação Parental (SAP), que são os efeitos dos atos de alienação parental na vida do menor, dessa forma a criança passa a rejeitar e odiar

sem justificativa o outro genitor. Sabendo-se que o filho necessita da presença constante dos pais em sua vida para seu completo e saudável desenvolvimento, a guarda compartilhada constitui uma importante ferramenta no combate a alienação parental.

Sendo assim, a guarda compartilhada foi introduzida no direito brasileiro pelo Código Civil de 2002, mesmo já havendo previsão em nosso ordenamento, não havia obrigatoriedade em sua fixação. Igualmente, no ano de 2008 foi aprovada a Lei n. 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, ou seja, surgiu com objetivo de estabelecer e disciplinar acerca da guarda compartilhada. Todavia, sua fixação não era ainda obrigatória, dessa forma não produzia resultados por causa de sua baixa aceitação pela sociedade.

Em 22 de dezembro 2014, após longos debates sobre os benefícios da guarda compartilhada foi aprovada a Lei 13.058, que regulamenta como regra geral a aplicação da guarda compartilhada, e ainda modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, com o escopo de propiciar ao menor o direito de conviver com os dois genitores, após o rompimento do vínculo conjugal.

Com a mudança advinda da Lei 13.058/2014, o § 2º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, passou a dispor que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Logo, fica claro que o principal objetivo da mudança para guarda compartilhada é assegurar o melhor interesse do menor.

Nesse sentido, a guarda compartilhada busca:

“A igualdade na tomada de decisões em relação ao filho, com o intuito de tentar preservar ao máximo os direitos e deveres relativos à autoridade parental. Dessa forma, com a convivência é possível manter os laços familiares pressupostos da relação entre pais e filhos. Não obstante, a intenção é que os pais mantenham as mesmas responsabilidades da época do relacionamento familiar, ou seja, a continuação dos cuidados necessários aos filhos”. (LÔBO, 2015, p. 187).

O maior problema são as divergências entre os magistrados que operam nas Varas de Família, com relação à obrigatoriedade da guarda compartilhada, pois alegam que quando os genitores não mantiverem um bom relacionamento ou consenso não será saudável para a criança ou o adolescente ficar sob o compartilhamento da guarda. Essa justificativa por parte dos operadores do direito contraria fortemente o disposto no art. 2º, §2º da Lei 13.058/2014:

“Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Diante disso, a hipótese levantada é que os operadores de direito levam em conta seus princípios, crenças e convicções pessoais em suas decisões, ao passo que, muitas vezes ferem o princípio da imparcialidade o que dificulta a efetivação da Lei 13.058/2014 que disciplina acerca do instituto da guarda compartilhada.

3 A Resposta do Poder Judiciário aos conflitos de disputa de guarda

A metodologia aplicada foi a qualitativa, a partir das entrevistas realizadas, por meio de questionários semiestruturados, direcionados a magistrados e advogados atuantes nas Varas de Família nas Comarcas de Rio Grande, Pelotas e Santa Vitória do Palmar. Com a finalidade de decantar apoiadores e contrários a modalidade de Guarda Compartilhada e sua aplicabilidade nas decisões judiciais.

Através das entrevistas foi possível verificar que de fato os magistrados não valorizam nem reconhecem o fenômeno da alienação parental, pois poucos relataram que já se deparam com algum caso envolvendo alienação parental. Alegam que por conta do vasto número de processos pode acabar passando despercebida, vez que a alienação parental muitas vezes apresenta-se de forma superficial e embutida dentro dos processos de disputa de guarda nas ações de divórcio litigioso.

Igualmente, ainda que a guarda compartilhada seja imposta como regra geral pelo Ordenamento Jurídico, os juízes deixam pesar mais seus princípios, crenças e convicções pessoais do que o conteúdo probatório, os laudos e opinião dos profissionais do serviço social e da psicologia, e até mesmo a própria norma, com a justificativa que os genitores não possuem um bom relacionamento ou pela falta de consenso entre eles, o que dificultaria o exercício conjunto da guarda. O entrevistado n.7 menciona que a guarda compartilhada:

“É muito importante, mas não para todos os casos, mesmo sendo a regra. Tem que haver um bom entendimento entre os pais. Se há litígios, desavenças, não é aconselhável. Preciso de diálogo na guarda compartilhada na maior parte das vezes não se efetiva por esse motivo. Quando questionado se leva em conta a opinião das assistentes sociais e psicólogas em suas decisões, considera importante, porque esses profissionais possuem mais condições técnicas de avaliar uma situação”

A opinião do magistrado contraria fortemente o disposto no art. 1.584, §2º do Código Civil Brasileiro de 2002, que estabelece que quando não houver consenso entre o casal, ou

se o acordo não preservar devidamente o interesse dos filhos, deverá o juiz optar, sempre que possível, pela guarda compartilhada. Nesse sentido, o referido dispositivo legal ocasionou uma mudança significativa no direito de família brasileiro, tendo em vista que até o advento da Lei em 2008, ficava a cargo do julgador, nos casos de divórcio litigioso, conceder a guarda unilateral àquele que apresentasse as melhores condições, mas atualmente a Legislação dispõe que na ausência de consenso entre os genitores seja fixada a guarda compartilhada, sempre que possível. Não restam dúvidas que a guarda compartilhada constitui a melhor forma dos pais separados exercerem o Poder Familiar, ainda que essa modalidade de guarda exija algumas reestruturações na estrutura familiar que se formou para que o menor possa desfrutar, durante seu desenvolvimento tanto do referencial materno quanto do paterno.

Sendo assim, com o auxílio de psicólogos e assistentes sociais, o juiz deverá organizar as responsabilidades que competirão a cada um dos genitores e o tempo de convivência com o filho.

É preciso que haja uma maior conscientização sobre a guarda compartilhada, pois de forma geral, as pessoas possuem uma visão distorcida do que consiste o compartilhamento da guarda, acreditam que a criança ficará a cada 15 dias na residência de cada genitor e que o menor perdeseu refencial, sendo que no compartilhamento será fixada um lar de referência. Somente serão divididas as responsabilidades e o tempo de convívio com o filho, dessa forma os genitores não precisam ter um bom relacionamento, já que o legislador foi claro ao mencionar que em casos de falta de consenso, recomenda-se a guara compartilhada. Portanto, as atribuições de cada um fica a cargo das psicólogas e assistentes sociais.

A entrevistada n.18, conhece a Lei da Guarda Compartilhada, mas considera uma ficção jurídica porque:

“Os tutores devem ter um bom entendimento, possibilitando com isto as decisões e responsabilidades em relação a seus filhos. pois não será a lei que lhes dará a garantia de boa convivência, necessária para que a guarda compartilhada realmente funcione. Em muitos casos abriu o precedente de acirrar conflitos, usando a regra para atingir ao outro. Compreendo o espírito da lei e a necessária extensão legal em alguns pontos, no entanto, foge a uma relevante importância e gerenciamento prático. Algumas questões ultrapassam uma entrevista, como ocorre em profissionais da assistência social e psicologia que auxiliam no judiciário. Embora muito experientes, fica um pouco comprometido o trabalho quando é feito dentro do foro, em situações que geram estresse. Fora deste ambiente, num acompanhamento contínuo, a importância é sempre máxima. Os adolescentes e crianças, definem suas questões baseados em sua vivência com os pais ou parentes, claro, com envolvimento emocional, pressão psicológica de ter

ISSN 2596-1314

que escolher entre um genitor e outro. Por vezes são usados como moeda de troca e objetificados para atingir o outro. Numa situação de conflito, como é toda a separação de uma família, todos estão comprometidos emocionalmente. Nem sempre o tutor que se mostra mais legal, acessível, complacente, digamos assim, é o que tem condições de manter ou retornar a um equilíbrio emocional”.

Cabe ressaltar que a Lei 13.058/2014 estabelece que o compartilhamento deve ser a regra, somente nos casos em que um dos genitores não manifestar o desejo de compartilhar a guarda ou não estar apto a exercer o Poder Familiar fica inviável sua aplicação. Com relações aos profissionais da psicologia e assistência social possuem experiência para avaliar e garantir o melhor para o menor, após a separação dos pais.

Sendo que a falta de consenso entre os pais não deveria pesar mais do que o bem estar da criança e do adolescente, primeiro que a Lei nada dispõe nada nesse sentido, e segundo deve-se primar por atender o princípio do convívio da criança com ambos os genitores está ferindo o direito fundamental à convivência familiar garantido constitucionalmente, e prejudicando o seu desenvolvimento completo e sadio.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já proferiu que não é preciso haver convívio amigável entre os ex-cônjuges para que se estabeleça o compartilhamento da guarda, a fim de que o interesse da criança e do adolescente seja priorizado. O Tribunal entende que o convívio do filho com ambos os genitores é a regra, independentemente de haver ou não um bom relacionamento entre eles. Exceto, quando comprovadamente se mostrar inviável. Nesse sentido, é tarefa do julgador da causa estabelecer as regras e determinar eventuais punições caso haja descumprimento dos termos previamente acordados.

Igualmente, percebe-se que grande parte dos advogados priorizam que seja atendido o melhor interesse do menor, mas preservam o interesse de seus clientes, ainda que alertem a parte representada que deve separar a conjugalidade da parentalidade, pois os vínculos entre pais e filhos são para toda vida. Nesse sentido, observa-se que há uma desinformação acerca dos critérios estabelecidos pela Legislação, já que levam em consideração em suas atuações o bom relacionamento e o consenso entre os genitores, o que contraria fortemente, os critérios estabelecidos na Legislação.

Nesse sentido, um dos advogados entrevistados ressaltou que:

“Já atuou em processos que tratavam da alienação parental, e na maioria das vezes o Judiciário, magistrados e auxiliares da justiça, se mostram despreparados e descomprometidos para enfrentar tal situação. Absurdamente, ainda hoje tem alguns juízes que entendem que o Estudo Psicossocial não tem natureza jurídica de perícia”.

Diante do exposto, concluímos que estamos diante um Poder Judiciário despreparado para lidar com as questões familiares, mais especificamente, as demandas que envolvem disputa de guarda, onde não raras vezes se faz presente o fenômeno da alienação parental.

Temos um conjunto de normativas para garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, como por exemplo, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei da Alienação Parental e da Guarda Compartilhada. Ocorre que a Lei 12.318/2010 veio para coibir e criminalizar os atos de alienação parental que se fazem presente, especialmente nos casos de divórcio litigioso, sendo assim a Lei 13.058/2014 que coloca a Guarda Compartilhada como regra, tem o condão de servir como um “antídoto” para alienação parental, já que os genitores terão equilibrados seus papéis na vida dos filhos.

O principal problema é que os operadores do direito não aplicam os critérios estabelecidos por essas Legislações, vez que eles detém do conhecimento da Lei, analisam o processo, mas acabam deixando prevalecer seus princípios e convicções pessoais, não apreciando as provas e nem levando em consideração a opinião dos profissionais do serviço social e da psicologia que são de fundamental importância, conforme a fala de uma das magistradas entrevistadas que:

“Admite julgar processos que envolvem disputa de guarda, e nos casos mais complexos considera os pareceres e as avaliações de psicólogos e assistentes sociais, muito embora seja de destacar que as conclusões desses laudos não vinculam a decisão judicial. Tem conhecimento acerca da Lei 12.318/2010 e na sua atuação já se deparou com alguns casos envolvendo alienação parental. Sua decisão foi em vários sentidos, seja deferindo a guarda em favor daquele genitor que pratica a alienação parental, seja deferindo a guarda em favor de quem sofre a alienação. Ressaltando que na jurisdição de família, cada caso é único e tem seus contornos próprios e peculiaridades, devendo a decisão ser orientada pelo melhor interesse da criança ou adolescente envolvido”.

Sendo confirmada a hipótese apresentada, que embora os julgadores analisem as provas e tenham consciência da Lei, ainda assim, a influência das suas convicções pessoais pesa mais, e acabam não aplicando o que é definindo como regra na Lei 13.058/2014 em suas decisões.

Assim, o fenômeno da alienação parental tem se alastrado cada vez mais na vida das famílias, e permanece promovendo injustiças sociais pelo fato de o Judiciário constituir um sistema moroso, conservador, patriarcal e desqualificado tecnicamente para promover uma justiça social, e insensível às demandas da sociedade, principalmente aquelas relativas ao direito de família com foco na guarda compartilhada.

Considerações finais

A Pandemia da COVID-19 impactou profundamente no direito de família, especialmente no direito fundamental à convivência familiar garantido constitucionalmente. O convívio entre pais e filhos constituiu a regra, e deve ser mantido seguindo os protocolos de prevenção. Somente se a convivência parental apresentar risco ao menor ou para coletividade é que deverá ser suspensa pelo período de 15 dias, devendo prevalecer o contato via recursos tecnológicos ou telefone.

Ocorre que a Recomendação emitida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), que dispõe sobre as recomendações para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da COVID-19 gerou diversas interpretações equivocadas por parte dos operadores de direito que fixaram em suas decisões a suspensão da convivência familiar. Os alienadores se aproveitaram dessa situação para praticarem atos de alienação parental, e impedir o convívio do menor com o outro genitor. Após, essas contradições, os Tribunais têm se mostrado mais flexíveis no que tange a convivência familiar em tempos de pandemia, com o objetivo de priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Logo, a guarda compartilhada permite a convivência mútua com os pais, sendo de grande importância para combater a alienação parental, já que os genitores não têm o que disputar, porque ambos têm os mesmos direitos e deveres em relação a seus filhos. Acabam compreendendo que o rompimento do vínculo conjugal ocorre somente entre os cônjuges e não entre pais e filhos, sendo a relação com os filhos para toda a vida, no entanto não perdendo o vínculo afetivo por mero capricho de seus pais, sendo possível compreender que vão permanecer com os laços afetivos com ambos. Nesse sentido, faz-se necessário, que os operadores do direito, mais especificamente, os magistrados atuem de forma efetiva, aplicando a Lei ao caso concreto.

A alienação parental é um problema social gravíssimo, pois apagar o pai ou a mãe da vida do filho é violência física e psicológica e deve ser combatida. Sendo assim, a guarda compartilhada pode servir como um “antídoto” no combate ou redução os casos de alienação parental e também atender ao melhor interesse do menor que precisa da presença de ambos os pais em sua vida.

Dessa forma, a guarda compartilhada funciona como um antídoto para alienação parental ao promover a quebra da estrutura de poder criada pela guarda unilateral. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado mesmo que para isso os pais tenham que dar um novo significado na sua relação. Vez que é um direito dos filhos conviver e desfrutar de ambas as referências durante sua formação.

Referências

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em 18 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em ag. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em ag. 2020

BRASIL. Lei n.13.058 de 22 de dezembro de 2014, que altera os arts. 1.583,1. 584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002(Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sua aplicação. **Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2014:Disponível:<[HTTPS://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13058.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em set. 2020.

BROCKHAUSEN, Tamara. Alienação parental: caminhos necessários. **Diálogos**. Brasília. p. 15-16, 2012.

GRISARD Filho, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev. atual.e ampl.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2016.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2.ed.São Paulo: Saraiva,2016.

SANTI, Liliane. **Alienação parental como ela é...** Ibitiré: Grupo Editorial Ferro, 2019. 160 p.

SILVA, Alan Minas Ribeiro da. **A morte inventada:alienação parental em ensaios e vozes/Org:** Alan Minas Ribeiro da Silva e Daniela Vitorino Borba. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **A alienação parental**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, 2011.