

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

LUCIANA TIEMI KADOWAKI KATTO

ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA

Reflexão acerca da guarda compartilhada como possível instrumento inibidor da alienação parental.

CURITIBA

2013

LUCIANA TIEMI KADOWAKI KATTO

ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA

Reflexão acerca da guarda compartilhada como possível instrumento inibidor da alienação parental.

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão como requisito parcial à conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA TIEMI KADOWAKI KATTO

ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA

Reflexão acerca da guarda compartilhada como possível instrumento inibidor da alienação parental.

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____

Professor Doutor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Professora Doutora Ana Carla Harmatiuk Matos

Professor Doutor Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2013

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Luely Kadowaki Katto e Raul Yoshimiti Katto, que sempre colocaram os interesses dos filhos acima de tudo. Agradeço a dedicação e, especialmente, o investimento na minha educação.

Aos meus avós maternos, Yeriko Kadowaki e Yuzuru Kadowaki, e à minha avó paterna, Sizuko Katto, pelo apoio e carinho sem medida.

Ao meu irmão, Lucas Kadowaki Katto, por ser também meu melhor amigo.

À minha tia, Lucy Masa Kadowaki, pelo companheirismo em todas as etapas da minha vida.

Ao orientador deste trabalho, Professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pelo interesse demonstrado desde o primeiro momento.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a questão da guarda compartilhada nos contextos familiares marcados pela ocorrência de atos de alienação parental. Com o enfoque direcionado prioritariamente para a análise de possíveis meios de inibição dos comportamentos alienadores, buscou-se estudar a forma de exercício do poder familiar na ruptura do relacionamento conjugal ou na dissolução da união estável, em especial no relativo à continuidade das relações afetivas. Assim, realizou-se breves exposições históricas acerca dos conceitos centrais, a fim de entender a inserção das Leis nº 11.698/2008 e 12.318/2010, chamadas de Lei da Guarda Compartilhada e Lei da Alienação Parental, respectivamente, no ordenamento nacional. Ao final, cuidou-se de expor o posicionamento doutrinário, enquanto divergente, quanto ao tema. Através da pesquisa descrita, percebeu-se a ausência de resposta absoluta para a problemática levantada, contudo, restou demonstrada a impossibilidade de atrelamento do interesse dos filhos ao tipo de relação pós-ruptura dos genitores. Portanto, concluiu-se que a guarda compartilhada é um possível meio de inibição do comportamento alienante, na medida em que incentiva a cooperação entre os pais e desestimula a adoção de atitudes egoístas.

Palavras-Chave: Autoridade Parental; Poder Familiar; Guarda; Guarda Compartilhada; Alienação Parental; Síndrome de Alienação Parental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. ALIENAÇÃO PARENTAL	3
1.1 Alienação Parental	3
1.1.2 Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental.....	4
1.1.3 Conceito e Características	5
1.1.4 Conduta do Genitor Alienador	8
1.2 Efeitos da Alienação Parental	10
1.2.1 Consequências Advindas de Falsas Acusações de Abuso Sexual.....	12
1.3 Lei nº 12.318/2010	13
2. GUARDA NA PERSPECTIVA DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	17
2.1 Conceito Jurídico de Guarda	17
2.2 O Poder Familiar no Ordenamento Jurídico Nacional	19
2.2.1 Conceito Jurídico de Poder Familiar.....	21
2.2.2 Titularidade do Poder Familiar.....	23
2.3 A Guarda no Ordenamento Jurídico Nacional	25
2.3.1 A Guarda Na Legislação Pré-Constitucional.....	25
2.3.2 A Guarda Na Legislação Pós-Constitucional	28
2.4 Modalidades de Guarda.....	30
2.4.1 Guarda Jurídica e Guarda Material.....	30
2.4.2 Guarda Unilateral ou Exclusiva	31
2.4.3 Guarda Alternada.....	32
2.4.4 Aninhamento ou Nidação	33
2.5 Guarda Compartilhada.....	33
2.5.1 Conceito Jurídico de Guarda Compartilhada	34
2.5.2 Direito Estrangeiro	35
3 GUARDA COMPARTILHADA NO CONTEXTO FAMILIAR MARCADO PELA ALIENAÇÃO PARENTAL	38
3.1 A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro	38
3.1.1 A Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Nacional.....	38
3.1.2 Lei nº 11.698/2008.....	41
3.2 Princípio do Supremo Interesse da Criança e do Adolescente.....	44
3.2.1 Guarda Compartilhada na Perspectiva do Interesse dos Filhos.....	47
3.3 Guarda Compartilhada no Contexto da Alienação Parental	48
3.3.1 A Problemática da Cooperação de Genitores em Conflito	49
3.3.1.2 Críticas à Lei nº 11.698/08.....	50
3.4 Guarda Compartilhada e o Pleno Exercício do Poder Familiar na Inibição da Alienação Parental.....	51
3.4.1 Problemas Advindos da Guarda Unilateral	51
3.4.2 Relação entre o Instituto da Guarda Compartilhada e a Inibição de Comportamentos Alienadores.	54
CONCLUSÃO	58

INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe uma reflexão sobre a efetividade da guarda compartilhada como possível instrumento inibidor da alienação parental. A conduta referida se traduz na programação das reações da criança e do adolescente contra um de seus genitores, ou qualquer outro parente responsável pelo seu desenvolvimento, inculcando um sentimento de ódio e mágoa contra o alienado.

Trata-se de uma situação grave, que configura abuso emocional e cria um ambiente familiar hostil, com consequências muitas vezes irreversíveis, desde a diminuição do rendimento escolar até o desenvolvimento de transtornos de personalidade.

O comportamento do alienador vai de encontro aos direitos da criança e do adolescente, em descompasso com a compreensão contemporânea de prioridade dos interesses destes, indefesos frente às afirmações falsas e ameaças advindas dos responsáveis pelo seu desenvolvimento e proteção.

No contexto exposto, releva-se a intervenção judicial, sendo essencial que o direito apresente respostas para a inibição dos atos de alienação. Diante disto, a presente monografia intenta contemplar uma possível solução, a guarda compartilhada, enquanto elemento compreendido como veículo de manutenção da integralidade da responsabilidade parental.

O primeiro capítulo introduz a problemática em comento, conceituando e apresentando as características usualmente encontradas no alienador e nas vítimas, a fim de buscar entendimento acerca da origem e dos efeitos da alienação. Também, brevemente, comenta-se a Lei que reconhece e regula o tema no ordenamento jurídico nacional, qual seja a Lei nº 12.318/2010.

No segundo capítulo, analisa-se a guarda enquanto atributo do poder familiar, sendo que, observada sua autonomia, esta deve ser estudada sob a perspectiva dos vínculos familiares, destacada a série de prerrogativas decorrentes da paternidade.

Consequente, efetua-se a exposição dos antecedentes históricos e a evolução no direito brasileiro dos institutos referidos, com especial atenção para a

mudança na compreensão de família no momento pós-constitucional, além de exposição do modelo dual de guarda introduzido pela Lei nº 11.698/2008.

Por fim, reserva-se o terceiro e último capítulo para a reflexão central da monografia, qual seja, o possível papel da guarda compartilhada como inibidora de atos de alienação por um dos genitores guardiões. Para tanto, verifica-se, cuidadosamente, as peculiaridades das modalidades unilateral e compartilhada, assim como as decorrências práticas destas.

Em síntese, o presente trabalho monográfico é estruturado na análise das causas e efeitos do desvio de conduta do alienador, assim como da extensão do poder de intervenção do Estado na dinâmica familiar, sob a perspectiva da observância do melhor interesse da criança e do adolescente.

Portanto, tem-se o estudo da figura da guarda compartilhada no contexto marcado pela alienação parental, atento à possibilidade de duradouros danos irreversíveis na relação afetiva dos vitimados pelos atos alienadores.

1. ALIENAÇÃO PARENTAL

Neste capítulo, intenta-se tratar da alienação parental, inserida no meio jurídico pela Lei nº 12.318/10, um crítico problema que envolve sujeitos já abalados pela crise advinda da ruptura do relacionamento conjugal ou da união estável. A apresentação do tema passa pela sua conceituação e estudo da conduta do genitor alienador, assim como os efeitos provocados pela eventual instauração da chamada Síndrome de Alienação Parental.

1.1 Alienação Parental

A alienação parental é um elemento próprio da sociedade contemporânea, relacionada à redefinição dos papéis parentais ao longo da história. No passado, marcado pelo conservadorismo, o relato de atos contaminados pela alienação era quase inexistente, haja vista o reinado da impossibilidade de separação conjugal, sendo as relações interpessoais fundamentadas em rígidas pré-definições.¹

Antigamente, os papéis familiares eram determinados em torno de uma concepção eminentemente patriarcalista, ocupando o homem o papel de provedor, responsável pelo sustento e pela administração dos bens, enquanto à mulher cabia uma posição coadjuvante, centrada no cuidado das crianças, com a atuação limitada à privacidade do lar conjugal.²

Nesta lógica, na eventualidade da separação de fato, a guarda era decidida por uma combinação de critérios de gênero e idade dos filhos, por vezes, cabendo ao pai apenas o direito de visitas e a obrigatoriedade do pagamento de alimentos. Não se percebia a essencialidade da manutenção dos vínculos entre os membros da família, em que se dava aos filhos tratamento secundário, aparecendo estes como figurantes das relações entre os genitores.

Do momento descrito até o presente, ocorreu notável reestruturação social, que relevou os laços afetivos entre os familiares, retirando determinações enrijecidas

¹BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação Parental: Uma Interface do Direito e da Psicologia*, p. 53

²CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*, p. 24

da figura a ser desempenhada por cada membro. Esta nova configuração, enquanto certamente positiva, abriu espaço para intensas disputas relativas à guarda dos filhos.

O conflito entre recém-separados aumentou em frequência, diante do surgimento de questionamentos antes percebidos como impossíveis pelo ordenamento. Infelizmente, a discordância do ex-casal fomenta ambiente de ressentimentos, propício para a ocorrência da alienação parental.

1.1.2 Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental

De início, cabem esclarecimentos relativos à terminologia utilizada no presente trabalho, diferenciando-se a alienação parental da SAP – Síndrome de Alienação Parental.

Acerca disto, Denise Maria Perissini da Silva esclarece que a alienação parental é o ato de induzir a criança a rejeitar o pai/mãe alvo, através de mentiras, difamações e até mesmo acusações falsas de abuso sexual.³ Por sua vez, a Síndrome de Alienação Parental é o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente dos atos de alienação parental.⁴

No mesmo sentido, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca explica que, embora intimamente ligadas, não há confusão entre os conceitos, sendo a alienação parental fenômeno anterior à instauração da SAP, nos seguintes termos:

Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.⁵

Richard Alan Gardner, médico pioneiro nos estudos na área, entende a SAP como um subtipo da alienação parental, ainda pendente de desenvolvimento tanto na área médica quanto na jurídica. A respeito da última, o pesquisador critica a

³SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental*, p. 47

⁴SILVA, Denise Maria Perissini da. *Idem*, *ibidem*.

⁵ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>> Acesso em: 06 de outubro de 2010.

resistência dos juristas na utilização do vocábulo ‘síndrome’. Ao analisar a ausência do termo nas petições norte-americanas, Gardner identifica temores relacionados ao juízo de validade pelos magistrados, não convencidos da realidade da patologia, concluindo:

Há alguns avaliadores que reconhecem que as crianças estão sofrendo certamente com a SAP, mas evitam cautelosamente usar esse termo em seus relatórios e na sala de audiências, porque temem que seu testemunho não seja admissível. Conformadamente usam o termo AP, que é muito mais seguro, porque é protegido das desaprovações geralmente dirigidas com freqüência àqueles que usam o termo SAP.⁶

Tem-se que a palavra “síndrome” implica doença caracterizada por um conjunto de sintomas. Relativamente à Síndrome de Alienação Parental em comento, é pendente o reconhecimento desta pelos órgãos da saúde, sendo que foi negada sua inclusão no DSM-IV (da APA – Associação de Psicólogos Americanos) e no CID-10 (da OMS – Organização Mundial da Saúde), sob o fundamento da ausência de provas empíricas.⁷

Contudo, observa-se a patologia na realidade de crianças que rejeitam familiares, em face de uma visão distorcida da realidade. Assim sendo, no presente capítulo, estuda-se a alienação parental como gênero, incluindo-se a análise de seu subtipo, a Síndrome de Alienação Parental.

1.1.3 Conceito e Características

A alienação parental surge a partir do momento que um dos pais, incapaz de superar questões pessoais, usa o filho como instrumento para sua vingança doentia, programando a criança para que odeie o outro genitor.⁸ As ações do alienador intentam afastar a criança do ex-parceiro e, quando bem sucedidas, levam à instauração da chamada Síndrome de Alienação Parental, causadora de danos irreversíveis às vítimas.

⁶GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em 19 de outubro de 2013.

⁷BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Op. cit, p. 117

⁸SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei Sobre Guarda Compartilhada*, p. 154

Caetano Lagrasta Neto entende que a espécie alienação parental pode ser caracterizada como: *a) implantação de falsas memórias; b) lavagem cerebral e c) programação pelo alienador das reações da criança ou do adolescente contrárias, em princípio, ao outro genitor, inculcando-lhes sentimentos de ódio ou repúdio ao alienado.*⁹

Caroline de Cássia Francisco Buosi destaca a influência de condições ambientais, geralmente, percebidas em lares nos quais a alienação é uma infeliz realidade. Nisto, lista o inconformismo com a separação, a insatisfação com as novas condições econômicas, a própria solidão, ou o eventual conhecimento de relação extramatrimonial percebida como responsável pelo fim do relacionamento.¹⁰

Aponta-se a frequência da patologia nos processos de separação, quando discutidas pautas relativas à regularização de visitas, pensão alimentícia e guarda dos filhos, objetivando os alienadores alcançarem vantagens judiciais, através do uso de artimanha baixa, qual seja a campanha de difamação contra o ex-companheiro percebido como adversário.

Neste sentido, identifica Silva:

Está presente em ações judiciais em que um dos pais se utiliza de argumentos em processos para suspender e até impedir as visitas, destituir o poder familiar, alegar inadimplemento de pensão alimentícia, chegando a acusações de abuso sexual ou agressão física, porém nem sempre de cunho autêntico, e sim como mero recurso para a destituição do vínculo parental.¹¹

É latente a ausência de preocupação relativa ao interesse dos filhos, resultante da incapacidade do genitor de realmente enxergar estes como indivíduos, titulares de seus próprios pensamentos. A criança é percebida como mera extensão, adotando-se mecanismos garantidores da dependência emocional dos filhos, presos em ambiente sufocador e distorcido.

Nota-se que o alienador, propriamente, precisa mais do filho do que este dele, haja vista que não consegue viver sem a criança, ao mesmo tempo em que não admite a convivência da prole com outras pessoas.¹² Assim, frente à

⁹ LAGRASTA NETO, Caetano. *O Que é a Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-set-17/guardar-ou-alienar-sindrome-alienacao-parental> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

¹⁰ BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Op. cit, p. 58

¹¹ SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit. p. 45

¹² SILVA, Denise Maria Perissini da. Idem, p. 46

necessidade de manter a exclusividade sob o filho, percebido como parte de seus pertences, assume atitudes reprováveis, que contrariam qualquer bom senso.

Entre manipulações e retaliações, o genitor alienador inicia um processo de desmoralização da imagem do ex-parceiro, induzindo o ódio na criança e a consequente vontade de afastamento. Trata-se, essencialmente, de um tipo de tortura psicológica, que leva a quadro de sintomas caracterizadores de gravíssima patologia psíquica.¹³

A evolução destas ações, na medida da absorção pela criança, leva à instauração da Síndrome de Alienação Parental. A partir de sua experiência como perito judicial, Gardner propôs o termo em 1985, caracterizando-a como uma combinação de lavagem cerebral com o intento de difamação do outro, ausente justificativa para tais ações.¹⁴

Por sua vez, Douglas Darnall entende desnecessário o critério concernente à veracidade das críticas feitas, uma vez que um pai pode colocar uma criança contra o outro genitor através da insistência em defeitos reais, situação igualmente reprovável e prejudicial.¹⁵ Ademais, os relatos e acusações, mesmo quando originados da realidade, costumam ser exacerbados ou apresentados fora de contexto.¹⁶

Percebe-se a origem da SAP em sentimentos de traição, rejeição e angústia, fruto do luto não trabalhado pelo fim do relacionamento amoroso. Assim, é predominante a incidência em pessoas que apresentam quadro de dificuldades emocionais, carecendo de habilidades para administrar seus conflitos pessoais, razão pela qual acabam por projetar suas frustrações no outro, pautando suas ações no desejo de vingança contra males, por vezes, imaginários.

Em decorrência da imposição de crenças negativas, o genitor alienado passa a ser percebido como um estranho pela criança, que reproduz o padrão de

¹³BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Op. cit. p. 60

¹⁴GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em 19 de outubro de 2013.

¹⁵DARNALL, Douglas. *Uma Definição Mais Abrangente de Alienação Parental*. Tradução por Paulo Mariano Lopes. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94003-umaanalise.html>> Acesso em 20 de outubro de 2013

¹⁶MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção, aspectos legais e processuais*. p. 43

pensamentos do genitor alienador, dando sua própria contribuição para a destruição do vínculo afetivo.¹⁷

Instaurada a Síndrome de Alienação Parental, a detecção dos atos alienadores torna-se ainda mais problemática, haja vista que, ausente a necessidade de continuidade da incitação, o genitor alienador pode assumir papel de aparente conciliador, a fim de despistar seu papel na crise instalada.

1.1.4 Conduta do Genitor Alienador

A conduta do genitor alienador é sempre coberta pela afirmação de que este considera apenas o melhor para o filho, agindo na busca do bem estar do último. Contudo, a análise profunda de suas atitudes revela a falácia de tal apresentação positiva, na medida em que é notado o mero discurso, com o intento de garantir a continuidade da situação manipulada para obtenção de interesses alheios aos da criança e do adolescente.¹⁸

Consequente, o constrangimento psicológico pode assumir duas formas, quais sejam, o uso da autoridade e do poder, ou o comportamento inverso, no qual o alienador se coloca em uma posição de vítima, adotando a postura de sujeito que precisa ser protegido da figura violenta do ex-parceiro.

Há, assim, a atuação no papel de vítima maltratada e desrespeitada, a fim de convencer não apenas o filho, mas também de garantir a comoção de familiares e magistrados. Inclusive, em muitas audiências, é comum o comparecimento dos genitores alienadores com aparência mal cuidada e postura cabisbaixa, com duplo objetivo: despertar o sentimento de pena e disfarçar suas ações.¹⁹

A dissimulação é propriamente uma característica do genitor alienador, em termos explicitados por Silva:

Geralmente coloca-se como vítima de um tratamento injusto e cruel por parte do outro genitor, e do qual tenta vingar-se fazendo crer aos filhos que aquele não é merecedor de nenhum afeto. Em certas circunstâncias, pode tomar atitudes dissimuladas de “fazer esforço” para que haja contato entre

¹⁷SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit. p. 208

¹⁸BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Op. cit. p. 80

¹⁹BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Idem, p. 83

os filhos e o genitor alienado, ou “surpreender-se” pela atitude destes quando manifestam oposição ao genitor ausente.²⁰

Frequentemente, os pais que programam a Síndrome de Alienação Parental são superprotetores, padrão que pode ser observado ainda antes da separação, apresentando o genitor alienador quadro de paranoia, refletido no temor de tudo e de todos e na tendência de restringir a socialização da prole.²¹

Convergem os autores no entendimento de que o indivíduo que pratica os atos em análise está cometido de um grave distúrbio psicológico. Realça-se a falta de remorso ou culpa, em atitudes marcadas pela ausência de qualquer empatia. Não se exclui possível classificação da patologia como sociopatia crônica, considerada a ausência de respeito com o outro.²² Inexiste preocupação com a própria formação do filho, prejudicada pelo sentimento de amargura, ou ainda, pela implantação de memórias falsas.

Da conduta alienadora, tem-se como desdobramento o pedido da própria criança de se manter afastada de um dos pais, colocando uma difícil questão a ser resolvida pelo Direito, consistente no caminho a ser tomado em tal situação.

Para François Podevyn, a solicitação da criança, nestes casos, não pode ser simplesmente aceita pelo Judiciário, sem a devida reflexão, visto que a vontade desta estaria contaminada pelos relatos do alienador. Assim, indeferir pedidos de visita constituiria assumir a posição de cúmplice do alienador, razão pela qual defende o doutrinador a adoção de estratégias sucessivas de aproximação.²³

Certo é que, considerando os danos psicológicos notados nas vítimas do comportamento alienador, que incluem ressentimentos carregados para a vida adulta, por vezes de caráter intransponível, tem-se a prevenção como medida essencial, sendo remediar sempre um árduo caminho.

²⁰SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit. p. 68

²¹ CALÇADA, Andreia. *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*, p. 40.

²²SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família*, p. 206

²³ PODEVYN, François. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>.> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

1.2 Efeitos da Alienação Parental

Conforme relatado, o denegrimento da imagem de um dos pais, no que pese ser marcado pela sutileza e subjetividade, constitui forma de abuso moral, perdurando os efeitos negativos no longo prazo. A criança absorve sentimentos negativos, ao passo em que acredita nos detalhados relatos de que um dos pais é uma pessoa propriamente ruim.

Nesta lógica, o genitor alienador é colocado em um pedestal, figurando como alguém imaculado e sem falhas, contexto em que críticas à sua conduta são entendidas como ofensas pessoais pela criança, que assume o papel de defensor e fiel escudeiro. Em contraste, na visão simplista do mundo imposta à criança, carente da percepção ambivalente, o ódio dirigido ao genitor alienado é total, sem espaço para brechas e concessões.²⁴

Destacam Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno:

(...) o menor absorve a campanha do genitor alienador contra o outro e passa, ele próprio, a assumir o papel de atacar o pai alienado, com injúrias, deprecições, agressões, interrupção (42-43) da convivência e toda a sorte de desaprovações em relação ao alienado. Os menores passam a tratar seu progenitor como um estranho a quem devem odiar, se sentem ameaçados com sua presença, embora, intimamente, amem esse pai como o outro genitor.²⁵

Também, é afetado o relacionamento com os familiares do genitor alienado, que, na medida em que percebem a extensão da raiva do alienador, se sentem constrangidos a descontinuar o contato com a criança, sendo clara a mensagem negativa relativamente à companhia do alienado e dos seus associados.

Possíveis resistências, no contexto exposto, são desestimuladas pela intensificação das atitudes doentias do genitor alienador, que sem pudores deixa implícita a possibilidade de abandono, ou ameaça mandar a criança viver com pessoa percebida como cruel e indesejada.²⁶

²⁴MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 43

²⁵MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Idem. p. 42-43

²⁶SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit. p. 208

A questão é que a criança é suficientemente esperta para entender a mensagem de que o alienador poderá vir a rejeitá-la, assim como o faz com o ex-parceiro, mas não suficientemente madura para racionalizar esta presunção, a qual é absolutamente incapaz de confrontar.²⁷ A vítima infantil desenvolve uma série de mecanismos de adaptação, incluindo a percepção de que também pode exercer poder de barganha ou chantagem emocional contra os adultos, aprendendo a criança a manipular e a exprimir falsas emoções.²⁸

Para o genitor alienado, ouvir as palavras de ódio vindas do próprio filho constitui um choque, o qual, alimentado pela sensação de impotência, acaba resultando no afastamento, justamente o desejo do alienador, cego em sua raiva.

Conforme Caetano Lagrasta Neto, se prolongada no tempo, a conduta alienadora faz com que *o sentimento de remorso se torne no mais das vezes crônico. Alienados, crianças e adolescentes, submetidos à tortura, mental ou física, veem-se impedidos de amar e de demonstrar este sentimento.*²⁹

Neste processo, um dos pais acaba por se tornar um forasteiro, figurando o genitor patológico como modelo principal da criança, logo, a construção da personalidade desta se dá em cima de uma estrutura disfuncional, aumentando a probabilidade do desenvolvimento de transtornos psíquicos.³⁰

Sobre os efeitos da alienação Silva destaca:

Os efeitos nas crianças vítima da Síndrome de Alienação Parental podem ser: depressão crônica, incapacidade de adaptar-se aos ambientes sociais, transtornos de identidade e de imagem, desespero, tendência ao isolamento, comportamento hostil, falta de organização, consumo de álcool e/ou drogas e algumas vezes suicídios ou outros transtornos psiquiátricos.³¹

No longo prazo, a vítima do ressentimento de um dos pais na infância absorve uma compreensão dicotômica da realidade, por vezes paranoica, na qual frustrações alimentam a certeza de que todos estão contra ele.³² Isso constitui fator que afeta seus relacionamentos, existindo propensão para comportamentos

²⁷ SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit. p. 208

²⁸ LAGRASTA NETO, Caetano, SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito de Família: Novas tendências e julgamentos emblemáticos*. p.147

²⁹ LAGRASTA NETO, Caetano, SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. Idem, ibidem.

³⁰ GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> Acesso em 19 de outubro de 2013.

³¹ SILVA, Denise Maria Perissini da. Idem, ibidem.

³² MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. Cit, p. 54

antissociais, sendo a agressividade percebida como maneira aceitável de resolução de problemas.

Ainda, no futuro, ao perceber a injustiça ocorrida na infância, os filhos costumam ter dificuldades para lidar com a culpa advinda da sua participação no conflito entre os pais, no mesmo passo em que realizam a dificuldade de restabelecer os vínculos destruídos.

1.2.1 Consequências Advindas de Falsas Acusações de Abuso Sexual

A acusação leviana de abuso sexual é mais comum que a imputação de agressões físicas, em especial quando envolve crianças pequenas e facilmente impressionáveis, tendentes a internalizar os cenários descritos como verdadeiros.³³ Deve existir extrema cautela na distinção entre as acusações falsas e as situações reais de abuso sexual, por intermédio de minuciosa análise clínica pelos especialistas nos estudos da memória, área da psicologia cognitiva.

Infelizmente, ainda se nota o despreparo dos profissionais responsáveis relativamente ao caminho a seguir diante de relatos falsos, fato que aumenta a impunidade e incentiva a banalização deste tipo de acusação. O pressuposto de que o relato da criança é sempre verdadeiro revela-se não confiável, constituindo um dos maiores equívocos que o agente especializado pode cometer, em face da influência de sua manifestação nas decisões judiciais.

Conforme descrito pela psicologia, a formação da memória ocorre em três operações básicas: a codificação, consistente na transformação de uma entrada sensorial em uma representação mental, o armazenamento, que trata da manutenção desta representação codificada, e na recuperação, a operação de acesso à informação armazenada.³⁴

Diferentemente do que se pode imaginar, esta formação de lembranças não ocorre necessariamente em sequência, pois as etapas são autônomas. A memória, assim, não é um documentário, em que os eventos são fielmente reproduzidos, mas sim uma construção do sujeito. Desta forma, é determinada pelo presente, na

³³SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit, p. 217

³⁴CALÇADA, Andreia. *Falsas Acusações de Abuso Sexual e a Implantação de Falsas Memórias*, p. 34.

medida da influência de expectativas e crenças em relação ao mundo, notando-se constante processo de transformação.³⁵

Contextualizando este processo, é evidente que o genitor alienador, através de relatos desligados da realidade, pode induzir a formação de memórias falsas. Tem-se, então, um efeito extremo da alienação parental, passando a criança a enxergar o alienado como um verdadeiro monstro.

Aos poucos a narrativa falsa assume a posição de verdadeira para a criança, com ramificações que refletem nas decisões judiciais, sendo exemplos a suspensão de visitas com base em algo que nunca aconteceu, ou, ainda, a determinação de impossibilidade da guarda compartilhada.

Portanto, trata-se de estratégia cruel que, se não obtiver o cunho de suspender visitas definitivamente, impede-as por tempo suficiente para a programação de ideias perigosas na psique da vítima, instalando a Síndrome de Alienação Parental.³⁶

As consequências, logo, perduram no tempo, além da vítima ficar socialmente marcada com o estigma de ter sido abusada sexualmente na infância.

Evidencia Silva:

Os danos causados à criança pelo afastamento do pai ou da mãe por acusações de abuso fictício ou presumido constituem parte do dano integral à pessoa humana, que não pode ser reparado como em uma simples reposição de peças de uma máquina, por sua deterioração ou perda. Trata-se de um dano irreparável, de identidade única, própria e impossível de ser compartilhada com outras pessoas.³⁷

Por conseguinte, a relevância da Lei nº 12.318/2010, em inserir a alienação parental no ordenamento jurídico, com o intento de evitar as situações descritas nesta seção, de irreversível prejuízo emocional para os envolvidos.

1.3 Lei nº 12.318/2010

³⁵SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit, p. 217

³⁶MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 45

³⁷SILVA, Denise Maria Perissini da. Idem, p. 232

A Lei nº 12.318/2010, promulgada em 27 de agosto de 2010, é resultado do projeto de Lei nº 4.053/08, proposto pelo Deputado Regis Fernandes de Oliveira, em 2008, com auxílio do anteprojeto do juiz Elizio Luiz Peres.

Anteriormente, tinha-se como grave problema o despreparo do Judiciário para lidar com crianças utilizadas como instrumento nos conflitos familiares, fato agravado pelo desconhecimento do tema pela própria psicologia. Assim, o projeto foi elaborado com o intento de afastar a então reinante cegueira do Estado acerca do tema, que parecia não existir frente à ausência de tipificação.³⁸

Portanto, a consciência da gravidade da alienação parental, aliada ao interesse de proteger a criança, resultou na Lei nº 12.318/2010, que reconhece a importância de resguardar as relações familiares, base estrutural das primeiras experiências sociais da criança.³⁹

A Lei de Alienação Parental formaliza o intento de coibir atitudes que restrinjam o convívio adequado entre a criança e entes queridos, inibindo o exercício inadequado da autoridade parental, contrário ao desenvolvimento saudável da criança.

A partir desta, percebe-se o reconhecimento da existência da alienação parental pelo ordenamento nacional, classificada como atitude reprovável, fator que proporciona base legal para os advogados fundamentarem suas petições, assim como insere nova perspectiva nas decisões dos magistrados.

Resta, então, superada a noção conservadora de considerar a alienação parental como uma invenção da psicologia.⁴⁰ A Lei nº 12.318/2010 incorpora o termo ao ordenamento, acrescentando elementos jurídicos ao termo, a fim de viabilizar a atuação ágil e segura do Estado para sua inibição.⁴¹

Cabe ressaltar que a Lei em comento não menciona a Síndrome de Alienação Parental. Na opção por esta omissão, observa-se a cautela do legislador, em evitar críticas relacionadas ao uso da palavra síndrome para enquadrar os sintomas decorrentes dos atos de alienação.

³⁸SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental*, p. 48

³⁹BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Op. cit, p. 114

⁴⁰BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Idem, p. 116

⁴¹PEREZ, Elizio Luiz. *Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. p. 65

Ante isto, preferiu o legislador não abordar uma síndrome ainda sem registro em conselhos de medicina, tratando somente da alienação parental, definida pelo artigo 2º da seguinte maneira:

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.

O referido artigo classifica como alienador a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, cujo objetivo seja induzir o repúdio ao outro genitor, quando praticada por um dos genitores, ou até mesmo por terceiros, que possuam laço de parentesco ou exerçam algum tipo de autoridade relativamente ao atingido.

Nos termos da Lei, não é necessária a formação da patologia, ou seja, o repúdio da criança pelo genitor, para ter-se caracterizada a alienação parental, a prática dos atos com tal objetivo é suficiente. Logo, o caráter preventivo da legislação, que busca evitar na origem o exercício deste tipo de abuso emocional, antes mesmo da instauração de distúrbio na vítima.

Também, resta expressa a intenção de combater a morosidade judicial e os consequentes prejuízos advindos da demora desnecessária,⁴² conforme exposição do artigo 4º, no qual se encontra a previsão de que, quando comprovada a alienação parental, o processo deve tramitar mais rapidamente, tendo prioridade sobre os demais:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Percebido o comportamento alienador, o magistrado deve garantir o retorno imediato da convivência entre filhos e o genitor alienado, através da determinação de visitas e, se notar a necessidade, ordenar a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, nos termos do artigo 5º:

⁴² BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Op. cit. p. 118

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

No caso do diagnóstico levantar o alerta da ocorrência da alienação parental, o julgador deve imediatamente adotar mecanismos legais a fim de impedir a continuidade destas, tais como: *i) a advertência; ii) a ampliação das visitas; iii) a possibilidade de estipular multa contra o possível alienador; iv) ordenar terapia aos pais; v) impor a guarda compartilhada como forma de inviabilizar a prática de alienação ou alterar a guarda para o ascendente alienado ou, por fim; vi) suspender o poder familiar do alienador.*⁴³

Relevante destacar o caráter positivo da Lei em comento, principalmente no relativo ao seu efeito social de proteger situação de abuso anteriormente não oficialmente reconhecida, ampliando a efetividade da proteção da criança e do adolescente.⁴⁴

⁴³MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 84

⁴⁴BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. Op. Cit, p. 119

2. GUARDA NA PERSPECTIVA DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O presente capítulo trata da guarda sob a perspectiva do exercício da autoridade parental, após a ruptura do relacionamento entre os genitores. Neste sentido, apresenta-se o conceito jurídico de ambos os institutos, assim como breve histórico dos temas, para então adentrar no estudo do modelo dual de guarda inserido pela Lei nº 11.698/08.

Ainda, verifica-se o modo como as transformações sociais influem no direito de família, implicando na mudança de conceitos e no surgimento de novas preocupações, dentre as quais inclui-se a análise da relação entre a alienação parental e o contexto resultante de cada modalidade de guarda.

2.1 Conceito Jurídico de Guarda

O termo guarda é empregado, genericamente, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração. Em termos comuns, *ter alguém sob a guarda representa zelar por ela, estar na companhia e sob os seus cuidados*.⁴⁵ Assim, a concretização se dá por meio da figura do guardião, responsável pela proteção da criança e do adolescente, que responde pelo eventual descumprimento de suas obrigações.

O instituto em comento é decorrente do poder familiar legalmente imposto aos pais como meio de assegurar o pleno desenvolvimento dos filhos. Trata-se, portanto, de exercício a ser desempenhado em conjunto, apenas ocorrendo a individualização no caso de separação de fato ou de direitos dos genitores.⁴⁶

Sobre o tema, Guilherme Gonçalves Strenger apresenta a seguinte conceituação:

⁴⁵CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit, p. 43.

⁴⁶MEIRA, Fernanda de Melo. *A Guarda e a Convivência Familiar Como Instrumentos Veiculadores de Direitos Fundamentais*. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões, p. 293

Guarda de filhos ou de menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.⁴⁷

Silvana Maria Carbonera, por sua vez, introduz o instituto sob quatro perspectivas. Em primeiro lugar, a autora constata a sugestão de uma relação entre os envolvidos, da qual nasce a obrigação positiva de proteger e amparar. Desta nuance, deriva um segundo aspecto, qual seja, a proximidade física, essencial para a concretização dos cuidados. A guarda, neste sentido, pressupõe o contato contínuo.⁴⁸

Ressalta-se a preciosidade e fragilidade daquele que necessita de guarda, em um contexto no qual o guardião aparece como figura forte responsável por zelar pelo mais fraco, protegendo-o de perigos externos e mantendo um ambiente saudável.

A reunião das três matrizes, conclui Carbonera, revela a quarta e última perspectiva para a análise dos institutos. Os elementos referidos resultam na formação de uma ligação recíproca de afetividade entre guardião e “guardado”. Isto é, percebe-se a formação de um vínculo que ultrapassa a mera atuação mecânica, sendo mais do que uma simples obrigação ou dever.⁴⁹

Consoante ao entendimento exposto, Grisard Filho, define a guarda pelos elementos que a asseguram, chegando à seguinte definição:

Conectada ao poder familiar pelos artigos 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o artigo 33, § 1º, dessa lei especial, surge como um direito-dever natural e originários dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.⁵⁰

Na compreensão do doutrinador, a guarda é elemento que se destaca do poder familiar, ganhando desdobramento próprio. Percebe-se que não mais se compreende o direito de guarda como absoluto, uma vez decorrente do poder familiar, tendo o conceito sido revisado para se adequar à nova ordem social. A guarda, logo, não é da *essência do poder familiar*, é apenas de sua natureza,

⁴⁷STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. p. 32.

⁴⁸CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit. p. 44.

⁴⁹CARBONERA, Silvana Maria. Idem, *ibidem*.

⁵⁰GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental*, p. 55

*podendo ambos conviverem pacificamente, ou seja, a primeira (a guarda) não exclui o segundo (o poder familiar).*⁵¹

Em sentido jurídico, guarda é o efeito de resguardar a criança e o adolescente, mantendo vigilância no exercício de sua custódia, como sinônimo de cuidado, defesa e direção.⁵² Portanto, abrange um complexo de direitos e deveres relativamente à outra pessoa, pela qual alguém é responsável em virtude de lei ou decisão judicial. É decorrente de impositivos legais, *inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um dever.*⁵³

Neste sentido, o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que uma vez instituída, a guarda obriga à prestação de assistência moral e educacional, implicando o direito de oposição a terceiros, entre estes incluídos os pais.

A relevância do instituto é tamanha que, inexistindo possibilidade do exercício pelos pais, a atribuição é dada à família substituta, na chamada guarda judicial, concedida a terceiro que não possui as atribuições do poder familiar. Assim, percebe-se que a perda da guarda não se estende ao poder familiar, mas tal eventualidade certamente restringe o exercício do último.⁵⁴

2.2 O Poder Familiar no Ordenamento Jurídico Nacional

Inserido na concepção patriarcal, o Código Civil de 1916 compreendia a família sob o princípio da unidade direção, logo, considerava o poder familiar propriedade do marido, na posição de chefe da sociedade conjugal, ficando a mulher em posição subsidiária.⁵⁵

Conforme relata Denise Damo Comel, alguns justificavam este posicionamento frente à suposta necessidade de concentrar os poderes em uma

⁵¹GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 65

⁵²QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque *Guarda Compartilhada: De Acordo com a Lei nº 11.698/08*, p. 20

⁵³STRENGER, Guilherme Gonçalves. Op. cit, p. 32.

⁵⁴QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, Op. cit, p. 20

⁵⁵FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as Regras da Perícia, Social, Psicológica e Interdisciplinar. Comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008*, p. 25

única figura, a fim de garantir a gerência regular dos problemas familiares. Por sua vez, outros apontavam que a biologia do homem proporcionava a este superioridade natural, tornando-o mais apto para dirigir a família.⁵⁶

Ressalva-se que, já naquela época, havia doutrinadores que percebiam a concepção de família não mais fundada na autoridade do homem, assim como se reconhecia a participação de ambos na administração dos bens da família. Contudo, a norma era a restrição do espaço da mulher casada na sociedade, que assumia posição de dependência em relação ao marido.

Relata Marcos Alves da Silva:

O lugar secundário que ocupava a mulher na hierarquia da titularidade dos direitos, na família fundada pelo casamento, constitui ponto inquestionável. Considerada, ainda, a questão hierárquica, à mulher foi relegado o “pátrio poder” sobre os filhos de “segunda categoria”. Para estes a quem a família legítima não podia dar guarida, o “pátrio poder” era atribuído à mulher.⁵⁷

Neste sentido, cabe mencionar a determinação do Decreto Lei nº 3.200/1941, segundo o qual o filho natural ficava sob o poder do pai ou da mãe que o reconhecesse, sendo que se ambos o fizessem, a guarda ficaria com o pai, salvo decisão judicial contrária.⁵⁸

Apenas com o advento da Lei nº 4121/1962, designada Estatuto da Mulher Casada, ocorreu o reconhecimento da igualdade dos cônjuges, permitindo que tanto a mulher quanto o homem adquirissem a titularidade do pátrio poder. Ainda, contudo, a preferência era dada ao pai para eventuais divergências, restando à mulher a opção de recorrer ao judiciário.⁵⁹

É a Constituição Federal de 1988 que retira a prevalência paterna reconhecida anteriormente, instituindo a verdadeira igualdade no exercício do poder familiar. Consoante com os mandamentos constitucionais, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina:

Artigo 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a

⁵⁶ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*, p. 27

⁵⁷ SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos das Relações entre Pais e Filhos*, p. 51

⁵⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 56

⁵⁹ MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 26

qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Também, o poder familiar não mais representa um direito soberano sobre a vida dos filhos. As transformações das últimas décadas, tais como o avanço das telecomunicações, a globalização e inserção da mulher no mercado de trabalho, modificaram o comportamento das pessoas e, em consequência, as expectativas sociais.⁶⁰

Nas palavras de Paulo Lôbo, a evolução gradativa através dos séculos ocorreu na passagem deste como um poder sobre os outros para a perspectiva do melhor interesse dos filhos e da convivência familiar.⁶¹

Atualmente, são ressaltados os deveres dos genitores em relação aos filhos, colocando-se os respectivos direitos dos pais em plano secundário. Entende-se que o exercício do poder parental, tendo a guarda como ramificação, implica na efetivação uma série de prestações necessárias para o desenvolvimento saudável.

2.2.1 Conceito Jurídico de Poder Familiar

Há íntima ligação entre os institutos poder familiar e guarda, contudo os termos não se confundem, haja vista que aquele que detém o poder familiar sob a criança, nem sempre possui também sua guarda. O poder familiar está disciplinado nos artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil, os quais atribuem aos genitores o exercício, enquanto a guarda, prevista nos artigos 1.583 a 1.590 do referido diploma civil, podendo ser atribuída a terceiro apto a exercê-la, em situações específicas.⁶²

Sílvia Rodrigues define o poder familiar como *o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes*.⁶³ Ressalva-se que o doutrinador critica a designação dada pelo código, nos seguintes termos:

⁶⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, p. 318

⁶¹LÔBO, Paulo, *Direito Civil*, p. 297

⁶²QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 7

⁶³RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil; Direito de Família*, p. 356

O novo Código Civil optou por designar esse instituto como poder familiar, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao pai (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, antes do poder, como visto, representa uma obrigação do pais, e não da família, como sugere o nome proposto.⁶⁴

Waldyr Grisard Filho delimita o poder familiar como *o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.*⁶⁵ O autor destaca que o conjunto de condutas pautadas pelo Código Civil é de caráter mínimo, sendo o exercício pleno condicionado pelo suprimento também das necessidades afetivas.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa, o poder familiar pode ser compreendido por dois prismas: o do filho e o dos pais. Do primeiro, traduz o instituto um *conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação.*⁶⁶ Na outra perspectiva, a do adulto que detém o poder, por sua vez, traduz mais do que uma simples norma moral do direito, encerrando *um conjunto de deveres com relação aos filhos.*⁶⁷

A concepção contemporânea encaixa-se numa sociedade na qual os filhos não são mais vistos como esperança de futuro auxílio aos pais. Nisto, observa-se a uniformidade da concepção filhocentrista, na qual o poder parental é visto não como o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto ao detentor. O caráter do instituto é essencialmente protetivo, transcendendo a órbita do direito privado, compreendendo-se a proteção da criança e do adolescente como um *múnus público.*⁶⁸ Isso é, o Estado tem a obrigação de fiscalizar a atuação dos pais, a fim de evitar abusos.

Neste sentido, o poder familiar é indisponível, não podendo ser transferido para terceiros por livre iniciativa dos pais, caracterizando-se por sua irrenunciabilidade. De outra maneira, permitir-se-ia aos titulares retirar de seus

⁶⁴RODRIGUES, Sílvio. Op. cit, p. 354

⁶⁵GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 33

⁶⁶RODRIGUES, Sílvio. Idem, p. 301

⁶⁷RODRIGUES, Sílvio. Idem, p. 354

⁶⁸GRISARD FILHO, Waldyr. Idem, p. 48

ombros uma obrigação de ordem pública, imposta pelo Estado.⁶⁹ Prevê o ordenamento jurídico uma única exceção, qual seja o consentimento à colocação do filho em família substituta, conforme artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, adesão esta que deve ser expressa e feita perante o juiz competente.

O poder familiar é também indivisível, sendo que no caso de pais separados, o exercício é compartilhado. Ainda, o instituto é imprescritível, não decaindo pela falta de exercício, sendo somente extinguido em casos restritos, previstos na lei.⁷⁰

2.2.2 Titularidade do Poder Familiar

O Código Civil de 1916 colocava em destaque a figura paterna, conforme se verifica no contido no artigo 380 deste:

Art. 380: Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Tal artigo é incompatível com a construção da Constituição Federal de 1988, que determina no seu artigo 226, § 5º:

Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Neste sentido, o artigo 1631 do Código Civil de 2002 indica a co-titularidade da autoridade parental:

Art. 1631 – Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade

Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

⁶⁹GONÇALVES, Roberto Carlos, *Direito Civil Brasileiro*, p. 374

⁷⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit, p. 324

Da interpretação do artigo, extrai-se que “*nenhum dos pais perde o exercício do pátrio poder (sic) com a separação judicial ou divórcio*”,⁷¹ concluindo-se que o poder referido decorre da paternidade e não do casamento ou da união estável.

A titularidade da autoridade parental apresenta-se como encargo intransferível, haja vista que se trata de um poder jurídico, cuja competência é atribuída aos pais pelo Estado para ser exercida em benefício dos filhos.⁷²

Assim, mesmo quando os pais não residem juntos, o não detentor da guarda permanece titular do poder familiar, o grau deste é variável apenas quanto ao exercício, nunca no que tange à titularidade.⁷³

Entre as mudanças advindas da separação, incluem-se apenas a ausência de coabitação, que deixa de existir em relação a um dos genitores, gerando a guarda unilateral ou a compartilhada. A criança deve ser percebida como um sujeito e não como objeto do litígio entre os pais, contexto no qual se mantém a integralidade do poder familiar.

Isso porque, a guarda absorve apenas alguns aspectos da autoridade parental, não possuindo o genitor guardião a opção de simplesmente excluir o outro do exercício da autoridade parental, ressalvada decisão judicial neste sentido.⁷⁴

Evidencia Maria Berenice Dias:

A falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de ter o filho em sua companhia (art. 1.632). Não ocorre limitação à titularidade do encargo, apenas restrição ao seu exercício, que dispõe de graduação de intensidade. Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade.⁷⁵

O poder familiar, portanto, constitui poder-função ou direito-dever exercido em conjunto pelos pais, pressupondo uma relação equilibrada entre eles, em

⁷¹VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit, p. 21

⁷²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*, p. 125

⁷³MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 27

⁷⁴LÔBO, Paulo, Op. cit, p. 301

⁷⁵DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, p. 347

ambiente no qual as decisões dos adultos não prejudiquem o interesse da criança e do adolescente.⁷⁶

2.3 A Guarda no Ordenamento Jurídico Nacional

No direito brasileiro, tem-se a compreensão de que na constância do casamento ou da união estável, a guarda dos filhos deva ser exercida conjuntamente pelos pais. A dificuldade aparece na eventual separação, divórcio ou dissolução da união estável, momento no qual o rompimento provoca a fragmentação de um dos componentes do poder familiar, qual seja o direito de guarda.

Sobre o tema, a lei apresenta duas possibilidades: o acordo entre as partes e, ausente este, a determinação por via judicial.⁷⁷ A seguir, pretende-se demonstrar a alteração das respostas oferecidas pelo ordenamento nacional, em face das transformações ocorridas no modelo jurídico de família.

2.3.1 A Guarda Na Legislação Pré-Constitucional

O artigo 90 do decreto nº 181 de 1890 traz a primeira regra nacional sobre o destino de filhos de pais que não convivem mais juntos, nos seguintes termos:

Artigo 90: A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

O Código Civil de 1916 estabeleceu um modelo unitário, organizado de maneira hierárquica e altamente regulado, assentado no matrimônio como forma de acesso da família tutelada pelo direito.⁷⁸ Havia, portanto, um critério de legitimidade, que vedava a entrada de outras formas de famílias ao regime vigente. Tanto que as

⁷⁶MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 27

⁷⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*, p. 257

⁷⁸CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit, p. 101

o Código apenas mencionava o então chamado concubinato no intento de proteger a família resultante do casamento.⁷⁹

Neste contexto, o matrimônio era percebido como indissolúvel, sendo que o *liame existente entre os cônjuges somente era dissolvido com o falecimento de um deles*.⁸⁰ Ao casal em crise restava a figura do desquite, que dissolvia a sociedade conjugal sem desfazer o vínculo jurídico, ficando os desquitados impedidos de contrair um novo matrimônio.⁸¹

O Código Civil de 1916 distinguia as hipóteses de desquite amigável do judicial, dentro dos quais a guarda dos filhos nascidos na constância do casamento era decidida nos moldes do modelo que percebia o pai como chefe da família e mãe como sua auxiliar.

No desquite amigável, deveria ser observado o acordado pelos cônjuges, nos termos estabelecidos pelo ato de dissolução da sociedade conjugal.

Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Em sua forma judicial, o elemento da culpa adquiria importância, estabelecendo o legislador taxativamente as causas passíveis de fundamentar uma ação de desquite. Considerando-se a importância dada ao matrimônio, a decisão de guarda era atrelada ao motivo que levava à ruptura, constituindo a inocência elemento que tornava um dos genitores aptos a cuidar dos filhos.

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º - Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º - Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Percebe-se que a codificação estabeleceu um sistema de premiação, oferecendo a guarda dos filhos ao cônjuge de bom comportamento.⁸² No caso de culpa recíproca, a decisão tinha como base a idade e sexo dos filhos. A guarda de

⁷⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 23.

⁸⁰CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit, p. 101

⁸¹CARBONERA, Silvana Maria. Idem, p. 171

⁸²CARBONERA, Silvana Maria. Idem. p. 103

todos os filhos menores de seis anos era atribuída à mãe, sendo que quando os filhos homens completassem esta idade, passariam à guarda paterna.

Explicita Silva:

O modelo fundado na culpa encontrava sua matriz numa concepção contratualista das relações familiares, em que os filhos eram vistos como pouco mais que objetos. Tendo um dos cônjuges dado causa à resolução do contrato de casamento, deveria arcar com o ônus de seu inadimplementos, o que incluiria a perda da autoridade parental.⁸³

Na sequência, a Lei nº 4.121/1962 manteve as disposições do desquite amigável do Código Civil vigente na época, introduzindo, contudo, algumas alterações relativamente ao litigioso. A legislação referida alterou o artigo 326 do diploma civil, a fim de não mais observar a distinção por sexo ou idade, ficando os filhos com a mãe, nos casos de culpa recíproca. Ainda, esta autorizava o juiz a deferir a guarda a terceiro, se ambos os pais se mostrassem impróprios.

Neste mesmo sentido, a Lei nº 5.582/1970 permite a colocação da criança sob a guarda de pessoa idônea, preferencialmente da família dos genitores. Também, modificou o artigo 16 do Decreto Lei nº 3.200/1941, instituindo que o filho natural quando reconhecido por ambos, ficasse prioritariamente com a mãe, exceto se esta colocação acarretasse prejuízo ao filho.⁸⁴

A Lei nº 6515/1967, que instituiu o divórcio no Brasil, em linhas gerais, confirma o sistema então vigente, notando-se poucas adaptações, conforme os artigos 10, 11 e 12:

Art 10 - Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Art 11 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

⁸³SILVA, Marcos Alves da. Op. cit, p. 73

⁸⁴GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 57

Conforme expõe Carbonera, a preferência dada à mãe na atribuição de guarda derivava da forma como a mulher era percebida na família tradicional.⁸⁵ Ela era vista como aquela que permanecia dentro do lar, tratando dos afazeres domésticos e, logo, tinha mais contato com os filhos, situação que deveria ser mantida na eventual separação.⁸⁶

2.3.2 A Guarda Na Legislação Pós-Constitucional

A partir da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente recebem proteção especial do ordenamento jurídico, que tutela estes de maneira qualitativamente diferenciada, por serem sujeitos frágeis e vulneráveis, ainda no estágio de construção da personalidade.⁸⁷

Nisto, o artigo 227 estabelece o direito à convivência familiar e comunitária, posteriormente disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O constituinte, assim, destaca a efetivação das relações afetivas, em detrimento de aspectos meramente formais.

Há a reconsideração do parâmetro tradicional, no sentido de valorizar o sujeito e provocar a pluralização das modalidades de família protegidas pelo ordenamento. Nesta contextualização, o princípio da igualdade revela que pai e mãe estão na mesma condição, sendo imprópria a disposição legal prévia de preferência entre ambos.⁸⁸

O critério de determinação a ser utilizado passa a ser o interesse do filho, frágeis no sentido de sua dependência quanto aos pais. Inclusive, a razão maior do poder familiar é a condução da criança e do adolescente por caminhos que estes ainda desconhecem,⁸⁹ funcionando os pais como guias para o desenvolvimento das capacidades dos filhos.

⁸⁵CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit, p 115

⁸⁶CARBONERA, Silvana Maria. Idem, ibidem.

⁸⁷TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A Desnecessidade da Guarda Compartilhada Ante o Conteúdo da Autoridade Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 301

⁸⁸CARBONERA, Silvana Maria. Idem, p 124

⁸⁹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit, p. 301

É evidente, portanto, a importância de ambos os pais, vez que estes são pontos de referência, sendo a convivência fator para o repasse de valores. Assim, inexistente sentido em retirar, de princípio, a possibilidade de um dos genitores ter o filho sob sua guarda, em circunstâncias de ruptura conjugal.

Em tal conjuntura, priorizando o interesse da criança e do adolescente, o Código Civil de 2002, deixa, enfim, de perceber a culpa como critério para a decisão de guarda, passando a adotar outro critério, qual seja, o do genitor que possuir melhores condições para o exercício.⁹⁰

Ensina Rosana Fachin:

A máxima “no interesse da criança”, preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente à guarda, é princípio informador para que o juiz confira a guarda àquele dos pais que efetivamente tenha melhores condições de realizar dentro de padrões mínimos, esses interesses.⁹¹

Pode-se observar o espírito de resguardar a criança e o adolescente, nos incisos I e II, do artigo 1584:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Conforme Silvana Maria Carbonera, a guarda apresenta-se como:

(...) um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.⁹²

Assim, ao genitor guardião cabe a condução da educação dos filhos, restando ao outro apenas uma reserva de poderes e deveres, consistente em visitas, fiscalização e alimentos. Logo, o genitor não-guardião pode oferecer

⁹⁰ SILVA, Marcos Alves da. Op. cit, p. 73

⁹¹FACHIN, Rosana. Do Parentesco e da Filiação. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o Novo Código Civil*, p. 132

⁹²CARBONERA. Silvana Maria. Op. cit, p 48

oposição às decisões do detentor da guarda, dispondo da opção de recorrer ao judiciário se julgar necessário.

Ana Carolina Brochado Teixeira opõe-se a este entendimento, denotando que eventual unilateralidade da guarda não implica tamanha restrição da autoridade parental. Defende a autora que o deferimento de competências meramente residuais ao detentor da autoridade parental é contrária aos princípios constitucionais que apontam a função educacional de ambos os pais.⁹³

2.4 Modalidades de Guarda

A doutrina apresenta várias modalidades de guarda, conforme a origem e seus fins, as quais serão brevemente explicadas abaixo. A presente seção objetiva introduzir a guarda compartilhada, que será detalhada em seção específica.

2.4.1 Guarda Jurídica e Guarda Material

A guarda legal ou jurídica é a deferida pelo ordenamento jurídico como elemento do poder familiar, constituindo-se na responsabilidade de dirigir a educação dos filhos, guiando o futuro destes. A guarda material ou física, por sua vez, traduz-se no compartilhamento da mesma residência com a criança e o adolescente.⁹⁴

A última não se confunde com a primeira, assim como não significa mera companhia, uma vez que esta não determina a residência da criança. De exemplo, quando os pais deixam os filhos na escola, certamente, não estão atribuindo a guarda física, mas sim a companhia.

Na constância do casamento ou da união estável, a guarda encontra-se na pessoa dos pais, nos termos dos artigos 1.634 do Código Civil e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em eventual ruptura, conforme visto anteriormente, nenhum dos pais perde o poder familiar relativamente aos filhos, uma vez que a

⁹³TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit, p. 307

⁹⁴GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 85

cisão *não atinge os liames jurídicos e naturais existente entre o filho e um de seus pais.*⁹⁵ Entretanto, é certo que nasce uma questão problemática a ser respondida pelo direito relativamente à guarda, vez que, necessariamente, ocorre a saída de um dos cônjuges do lar conjugal.⁹⁶

Nisto, a concordância entre os pais é sempre a situação ideal, haja vista que evita a imposição judicial, alheia ao ambiente familiar.⁹⁷ Contudo, existente o conflito ou circunstâncias agravantes, ao magistrado cabe a tarefa de atribuição da guarda, fazendo uso de suas funções jurisdicionais. Neste sentido, inclusive, detém o juiz a possibilidade de não homologar o acordo dos genitores, se entender violado o interesse dos filhos.

Em suma, o eventual fim do relacionamento dos genitores, presente a ausência de consenso, introduz a necessidade de intervenção judicial, *elemento secundário, que não descaracteriza a modalidade legal, mas somente atribui seu exercício exclusivo.*⁹⁸

2.4.2 Guarda Unilateral ou Exclusiva

Quando ocorre um desdobramento da guarda, esta é atribuída a um dos pais, ficando o outro com o direito de visita e o exercício da guarda jurídica à distância.⁹⁹ Na modalidade unilateral, a guarda é atribuída a apenas um dos pais, ficando os filhos sob os cuidados deste.

Define Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

Guarda exclusiva é uma modalidade de guarda em que os filhos permanecem sob os cuidados e direção de apenas um dos pais, aquele que apresente melhores condições de acordo com os interesses da criança.¹⁰⁰

Neste contexto, o guardião, detentor da guarda material, exerce o poder familiar em toda sua extensão, haja vista que a materialidade da guarda implica o

⁹⁵ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Op. cit, p. 56

⁹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: Direito de família*, p. 166

⁹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*, p. 257

⁹⁸ CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit, p 51

⁹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 85

¹⁰⁰ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 24

convívio diário com a criança ou o adolescente. Percebe-se o enfraquecimento do poder familiar do genitor não-guardião, impedido do pleno exercício de seu direito, ou pelo menos com a mesma intensidade daquele que mora com a criança.¹⁰¹

2.4.3 Guarda Alternada

Ambos os modelos apresentados neste tópico, fundam-se na alternância da guarda física para garantir o convívio dos filhos com ambos os pais.

Na guarda alternada, tanto a guarda *jurídica quanto a material é atribuída a um e a outro dos genitores*,¹⁰² implicando na alternância do período em que o filho mora com cada um dos pais. Assim, no período dado a eles, cada genitor exerce em plenitude os poderes que integram o poder familiar, ficando o outro beneficiado do direito de visita.

Define Eduardo de Oliveira Leite:

A guarda alternada, pouco empregada dada às críticas que suscitou, supõe que a criança viverá sucessivamente, por períodos longos de tempo, na casa de cada um dos genitores. Cada genitor, exercerá, alternativamente, a guarda do filho com todos os atributos que lhe são próprios (educação, sustento, administração legal etc.).¹⁰³

Os críticos do modelo ressaltam a ausência de continuidade, refletindo negativamente no bem estar mental da criança e do adolescente. Aponta-se como prejudicial o constante movimento de lar, que gera incerteza e desestabilidade

Posiciona-se Perissini:

Quando a criança “pula” da casa do pai para a casa da mãe, ela deixa de preservar ou fixar a imagem dos pais, faltando-lhe a segurança de um lar, o que para muitos estudiosos, pode desenvolver descompensações e influenciar no surgimento de homens e mulheres com dupla personalidade.¹⁰⁴

¹⁰¹GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 86

¹⁰²GRISARD FILHO, Waldyr. Idem, p. 86

¹⁰³LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit, p. 259

¹⁰⁴SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família*, p. 128

Para Quintas, esta modalidade não deixa de ser uma guarda exercida exclusivamente pelos pais, apenas de maneira alternada, uma vez ausente o consenso ou a participação de ambos, sendo as decisões tomadas em separado.¹⁰⁵

A respeito do tema, Leite releva dificuldades de nível jurídico, tais como os seguintes questionamentos: *qual dos genitores é responsável pelos bens do menor? É possível se admitir que os atributos sobre os bens da criança mudem periodicamente de titular? Como ficaria a posição dos terceiros em relação aos bens do menor?*¹⁰⁶

Conclui o autor citado, que a proporção dos riscos de instabilidade psicológica e moral levam a presunção da guarda alternada como contrária aos interesses dos filhos.¹⁰⁷

2.4.4 Aninhamento ou Nidação

Análoga à guarda alternada, no aninhamento ou nidação, o revezamento parte dos pais, que moram na casa onde vivem os filhos, em períodos alternados. Trata-se de uma modalidade rara, de difícil realização e longevidade reduzida. Isso porque, envolve uma logística complicada, na qual se destaca os altos custos para a manutenção de três casas: uma para o pai, outra para a mãe e uma terceira para o filho recepcionar os pais, alternadamente.¹⁰⁸

2.5 Guarda Compartilhada

Foca-se, agora, na guarda compartilhada, modalidade relativamente nova na experiência jurídica nacional, com previsão expressa na legislação somente a partir de 2008. Apresenta-se a conceituação do instituto e a evolução deste no direito estrangeiro, para então abordar sua recepção na jurisprudência pátria, que resultou na Lei nº 11.698/2008.

¹⁰⁵QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 27

¹⁰⁶LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit, p. 260

¹⁰⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 260

¹⁰⁸GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 86

2.5.1 Conceito Jurídico de Guarda Compartilhada

A inserção feminina no mercado de trabalho implicou na descoberta de um mundo de possibilidades para as mulheres, além de seu papel exclusivo de mãe.¹⁰⁹ Paralelamente, o homem assumiu o instinto paternal, numa sociedade que passou de uma concepção transpessoal para uma noção eudemonista, com o deslocamento da atenção para os sujeitos, entendidos na sua individualidade.¹¹⁰

A acentuação da afetividade modificou o modo de desempenho dos papéis indispensáveis para a família,¹¹¹ que ao lado de uma legislação cada vez menos discriminatória no relativo ao gênero, influiu diretamente nas relações familiares.

Conforme ensina Silvana Maria Carbonera, cabe tanto ao homem quanto à mulher, dirigir a família e ser titular de direitos e deveres, exercendo papéis cujo conteúdo será determinado através do respeito às aptidões específicas, pautado no respeito à dignidade da pessoa humana.¹¹²

Naturalmente, ocorre o reconhecimento da co-responsabilidade parental, uma parceria em prol dos filhos. Cada vez mais, pais e mãe, revelam-se conscientes da importância da figura de ambos na criação da prole. Nas palavras de Leila Maria Torraca de Brito, há a recusa da *imagem socialmente construída de que as decisões sobre a educação dos filhos após o rompimento conjugal cabem exclusivamente ao guardião*.¹¹³

Em termos expostos por Grisard Filho:

O desejo de ambos os pais de compartilharem a criação e a educação dos filhos e o desses de manterem adequada comunicação com ambos os pais, de forma contínua e simultânea, motivou o surgimento deste novo modelo de guarda e responsabilidade parental.¹¹⁴

¹⁰⁹GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 119

¹¹⁰CARBONERA, Silvana Maria. Op cit, p. 183

¹¹¹CARBONERA, Silvana Maria. Idem, ibidem.

¹¹²CARBONERA, Silvana Maria. Idem, p. 186

¹¹³TORRACA DE BRITO, Leila Maria, Igualdade e Divisão de Responsabilidades: Pressupostos e consequências da guarda conjunta. In: GROENINGA, Gisele Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*, p. 325

¹¹⁴GRISARD FILHO, Waldir. Guarda Compartilhada: quem o melhor para decidir a respeito? In: *Revista Jurídica*, p. 30

Neste contexto, a guarda compartilhada surge com o intento de reequilibrar os papéis parentais, como contraponto da guarda unilateral, tendo em vista o bem estar emocional dos filhos. Na nova modalidade, a criança reside com um dos pais, mantendo o guardião não-residente o exercício de todos os direitos e deveres exercidos durante o casamento ou união estável.

Conceitua Quintas:

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente.¹¹⁵

A referida autora destaca a guarda compartilhada como forma de manter intacto o exercício do poder familiar, garantindo a continuidade dos laços afetivos entre pais e filhos,¹¹⁶ no intento de diminuir o sofrimento dos envolvidos na crise advinda da ruptura familiar.

2.5.2 Direito Estrangeiro

Na Inglaterra, até o século XIX, o pai era considerado proprietário dos filhos, logo, presente o conflito, a guarda sempre era concedida ao homem. A partir da data referida, o parlamento alterou seu entendimento para atribuir à mãe a prerrogativa de obter a guarda dos filhos, situação que também se revelou injusta.¹¹⁷

Frente ao descontentamento paterno, os tribunais procuraram minorar as consequências da não atribuição, determinando o fracionamento *split order* do direito de guarda, encarregando à mãe dos cuidados diários dos filhos (*care and control*) e ao pai o poder de dirigir a vida do filho (*custody*). A partir da distinção clara entre *custody* e *care and control*, entendia-se possível o exercício compartilhado.¹¹⁸

Sobre a aplicação deste na Inglaterra, destaca-se a utilização do termo “responsabilidade parental contínua”, fundado na compreensão de que se os pais na

¹¹⁵QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 28

¹¹⁶QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Idem. Ibidem.

¹¹⁷GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental*, p. 125

¹¹⁸LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit, p. 265

vigência do casamento eram responsáveis pela educação dos filhos, não haveria razão para a eventual separação alterar este estado.

Eduardo de Oliveira Leite relata que a manifestação inequívoca da possibilidade de guarda compartilhada por um Tribunal inglês ocorreu em 1964, no caso *Clissold*, marco que deu início a decisões semelhantes, como na decisão dos casos *Jussa x Jussa* e *Dipper x Dipper*.¹¹⁹

Diante dos resultados positivos ingleses, a guarda compartilhada se espalhou pela Europa, desenvolvendo-se particularmente no Estado francês. Assimilado em 1976 pela justiça francesa, os Tribunais logo abraçaram o modelo, resultando na Lei nº 87.570 de 22 de julho de 1987, a Lei *Malhuret*, nome do Secretário de Educação dos Direitos Humanos que adequou o texto do Código Civil francês à jurisprudência favorável.

Segundo a Lei *Malhuret*, após a dissolução da sociedade conjugal, o exercício da autoridade parental deve ser comum aos genitores, indicando o juiz na casa de quem a criança terá sua residência habitual. No caso da dissolução do vínculo da união estável, a guarda pertence à mãe, contudo se o pai desejar adquiri-la, este pode recorrer ao juiz de assuntos matrimoniais e não mais, necessariamente, ao Tribunal.¹²⁰

Na Suécia, por sua vez, a opção pela guarda conjunta encontra-se prevista na legislação desde o final da década de 70, partindo do entendimento de que o conceito abrange todos os aspectos relativos à pessoa da criança. A compreensão sueca é de que a possibilidade de compartilhar a guarda reforça o sentimento de responsabilidade paternal.¹²¹

Além da Europa, a partir de meados dos anos 80, a nova tendência foi absorvida pelo direito norte-americano, que contribuiu largamente para a evolução do instituto.

Desde então, tornou-se política pública norte-americana assegurar o contato do filho com ambos os pais e o compartilhamento das responsabilidades. Neste sentido, considerando a competência de cada estado para editar sua lei civil, houve

¹¹⁹LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit, p. 266

¹²⁰GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 137

¹²¹TORRACA DE BRITO, Leila Maria. Op. cit, p. 330

uma tentativa de uniformizar a legislação a respeito, através da edição do *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*.¹²²

A uniformização objetiva evitar conflitos e promover a cooperação entre os Tribunais, garantindo-se a *estabilidade do regime adotado e facilitando o cumprimento da sentença*.¹²³ Nos Estados Unidos, a guarda compartilhada é um modelo amplamente adotado, tendo inclusive a American Bar Association criado um comitê especial para desenvolver estudos sobre a guarda dos menores, informando juristas e famílias sobre o tema.

Do mesmo modo que o país vizinho, os Tribunais canadenses decidem no sentido de garantir aos pais o direito de guarda através do compartilhamento desta, em vista dos benefícios psicológicos, conforme coloca Grisard Filho:

Nenhum pai deve sentir que perdeu a criança e, em muitos casos, o relacionamento entre pais-crianças tornam-se melhores. A seção dezesseis de The Divorce Act, de 1985, diz que o tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses.¹²⁴

Relativamente ao Canadá, destaca-se, também, o Código Civil de Quebec, que afirma a subsistência dos deveres do pai e da mãe em relação ao filho após o divórcio, assim como, estabelece que, na hipótese de dificuldades concernentes ao exercício da autoridade parental, cabe ação no tribunal, o qual, após tentativa de conciliação, decidirá de acordo com o interesse da criança.¹²⁵

Através desta breve exposição, demonstra-se que muito antes da aplicação no direito brasileiro, a opção pelo compartilhamento da guarda já era realidade tanto na legislação quanto na jurisprudência de variados países, em detrimento da divisão entre guardiões e visitantes.

Ante o exposto, ainda, tem-se subsídios para a discussão acerca do possível uso da guarda compartilhada como instrumento de bloqueio dos comportamentos alienadores, enquanto destacada a manutenção do pleno exercício do poder familiar após a ruptura do relacionamento dos genitores.

¹²²QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit. p. 109

¹²³GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 138

¹²⁴GRISARD FILHO, Waldyr. Idem, p. 140

¹²⁵QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Idem, p. 106

3 GUARDA COMPARTILHADA NO CONTEXTO FAMILIAR MARCADO PELA ALIENAÇÃO PARENTAL

Neste capítulo, intenta-se refletir acerca da opção pela guarda compartilhada no contexto da alienação parental, sob a perspectiva do melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de buscar conclusão acerca do papel desta como possível instrumento inibidor da alienação

3.1 A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro

Introduzida a modalidade compartilhada de guarda na última seção do capítulo anterior, passa-se agora à análise da inserção no direito brasileiro, considerando-se que esta é reconhecida pela ciência nacional em momento posterior ao amplo desenvolvimento no estrangeiro, passando a ser expressamente prevista pela legislação somente no ano de 2008.

3.1.1 A Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Nacional

Nos termos já relatados nos capítulos anteriores, o Código Civil de 2002 abandonou o critério da culpa e da prevalência materna para determinar a guarda da criança e do adolescente, indicando que esta deve ser atribuída ao com mais condições para exercê-la.

Ausente o consenso entre os pais, cabe ao juiz decidir sob o critério do melhor interesse do filho, tendo em vista que a guarda acima de tudo é um dever dos pais em relação aos filhos. Nas palavras de Grisard Filho:

A nova lei incorporou ao ordenamento civil os universais princípios revelados pela evolução de todo o direito de família, e em especial o das crianças e dos adolescentes, ocorrida nos últimos anos, tanto no discurso legislativo como na prática social.¹²⁶

¹²⁶GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 154

Também, entende-se que o Código Civil deixa implícita a necessidade de proximidade física entre os sujeitos para o exercício da guarda ao determinar, no artigo 1.634, inciso II, a competência destes de ter os filhos em sua companhia e guarda.

Neste contexto, a guarda compartilhada aparece como maneira de igualar o exercício do poder parental, representando a *falência do modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo*.¹²⁷ As transformações sociais, acompanhadas dos precedentes internacionais, resultaram na crescente aplicação desta.

Tânia da Silva Pereira, em discussão sobre a excessiva intervenção estatal no âmbito familiar apresenta o instituto como solução viável para a questão da guarda, denotando que o modelo compartilhado deixa a critério dos progenitores o planejamento da convivência cotidiana. Para a autora, esta forma de guarda incentivaria o contínuo acompanhamento da vida dos filhos.¹²⁸

Sobre a inserção da guarda compartilhada no ordenamento nacional, evidencia-se a consonância desta com a Constituição Federal, que institui a igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I). A partir desta, os papéis familiares adultos deixam de ser determinados em função do sexo, passando a ser informados pela igualdade.¹²⁹

No mesmo raciocínio, determina-se igualdade de deveres e direitos relativamente à sociedade conjugal (artigo 226, § 5º), reclamando uma paternidade responsável. Assim, em artigo subsequente, o constituinte destaca o dever da família de educar e cuidar, protegendo o melhor interesse da criança.

Também, releva-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, claramente, procura ressaltar a convivência do filho com seus pais, impondo já no artigo 1º à família, à comunidade, à sociedade e ao poder público, a obrigação de assegurar à criança e ao adolescente a convivência familiar.¹³⁰

Ainda, como elemento consoante, é destacável a Declaração Universal dos Direitos da Criança, do qual o Brasil é signatário, que ressalta o direito de

¹²⁷GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 156

¹²⁸PEREIRA, Tânia da Silva, O Princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Gisele Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*, p. 216

¹²⁹CARBONERA, Silvana Maria. Op. cit, p. 186

¹³⁰GRISARD FILHO, Waldyr. Idem, p. 159

convivência entre pais e filhos, bem como a responsabilidade na criação, nos termos do artigo 9º:

Artigo 9: A criança tem o direito a viver com um ou ambos pais exceto quando se considere que isto é incompatível com o interesse maior da criança. A criança que esteja separada de um ou de ambos os pais tem direito a manter relações pessoais e contato direto com ambos os pais

Nas linhas expostas por Grisard Filho:

Ao ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança, comprometeu-se o Brasil a envidar seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e o desenvolvimento dos filhos, como preocupação fundamental, visando o interesse maior da criança, e aos filhos o direito de conhecer seus pais e ser cuidado por eles.¹³¹

Em tal panorama, a jurisprudência pátria já se manifestava no sentido favorável à concessão da guarda compartilhada, antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.698/2008, como se observa nos julgados abaixo:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO ALTERNATIVO - VISITAÇÃO DO PAI - CONDIÇÕES DE IGUALDADE - PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR - GUARDA ALTERNADA E GUARDA COMPARTILHADA - DIFERENÇA ONTOLÓGICA. 1). O pedido alternativo traduz-se em possibilidade da aceitação de qualquer um dos pedidos realizados. 2). Na participação da vida sócio-educativa do menor, os pais devem participar em condições de igualdade, propiciando, desse modo, tanto a existência da figura materna, quanto da paterna. 3). Na regulamentação de visita do pai ou da mãe deve o Poder Judiciário primar pelos interesses do menor, de modo que as alterações em sua rotina não sejam drásticas. 4). A diferença entre guarda alternada e a compartilhada é ontológica. Enquanto a guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, a guarda alternada se consubstancia na alternância de lares, ou seja, passa a menor a possuir duas casas. 5). **A guarda compartilhada é recomendada quando os pais, mesmos separados ou divorciados, convivem em perfeita harmonia e pacificidade. Precedentes.***

(TJ-ES - AI: 35069000434 ES 35069000434, Relator: ELPÍDIO JOSÉ DUQUE, Data de Julgamento: 10/10/2006, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/11/2006)

GUARDA DE MENOR. PEDIDO FORMULADO PELO PAI. MENOR COM 5 ANOS DE IDADE, QUE VIVE SOB A GUARDA DE FATO DE UMA TIA. Interdição da mãe do menor, por deficiência mental. Curadoria exercida pela irmã, guardiã de fato do menor. Concessão da guarda do pai não recomendada. Manutenção do menor junto à guardiã e à mãe. Solução que

¹³¹GRISARD FILHO, Waldyr. Op cit, p. 158

melhor atende, no momento, aos interesses do menor. Ação julgada procedente. Recurso provido.
(TJSP, Apelação Cível 111.249-4, Rel^a. Zélia Maria Antunes Alves, j. 21.02.00).

Sobre o deferimento da guarda compartilhada, no primeiro Acórdão apresentado, observa-se o destaque dado ao consenso entre os genitores, elemento percebido como essencial. A questão seria, posteriormente, revista pela Lei nº 11.698/2008, responsável por regulamentar esta modalidade de guarda no ordenamento, por intermédio das alterações legislativas que serão tratadas a seguir.

3.1.2 Lei nº 11.698/2008

A Lei nº 11.698/2008 foi sancionada pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em 13 de junho de 2008, a fim de alterar parcialmente o Capítulo XI do Código Civil, que trata da proteção da pessoa dos filhos, modificando os artigos 1583 e 1584, inserindo modelo dual de guarda, no qual a compartilhada aparece como regra e a unilateral como exceção.

Anteriormente, o artigo 1583 do Código Civil possuía a seguinte redação: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008, o artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, passou a determinar:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

O artigo 1584, por sua vez, possuía a redação abaixo:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.
Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele

compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

A partir da referida lei, passou a expressar:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

A nova redação do artigo 1.584 apresenta natureza mista, albergando normas de direito processual e de direito material com relação à determinação do regime de guarda, confirmando o modelo dual da guarda jurídica na previsão das espécies unilateral e compartilhada.¹³²

Destaca-se a vedação da guarda ser instituída por mero acordo de vontades, sem o conhecimento do Poder Judiciário, consistindo vício de validade do ato.¹³³ Assim, reforça-se a proibição da Lei nº 11.417/07 de separação ou divórcio por consenso ser realizado por intermédio de escritura pública, quando necessário disciplina específica sobre os efeitos da dissolução relativamente aos filhos em comum.

Também, da leitura dos artigos modificados, resta clara a distinção entre guarda compartilhada e alternada. É também latente a intenção do legislador de

¹³²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso*, p. 259

¹³³GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Idem*, p. 259

buscar a garantia de uma convivência equilibrada entre pais e filhos, independentemente do compartilhamento de um teto.

Ainda, o Código passou a regular a situação dos filhos da união estável, afirmando no inciso I, do artigo 1585, a possibilidade de requisição da guarda unilateral ou compartilhada, por consenso, ou por qualquer um deles, nas ações de dissolução de união estável.¹³⁴

Destaca-se outro ponto positivo, consistente na determinação relativa à audiência de conciliação, na qual os pais devem ser informados pelo juiz sobre as peculiaridades e importância da guarda compartilhada, esclarecendo os deveres e direitos de cada genitor, assim como as sanções advindas do descumprimento de suas cláusulas. Tal medida objetiva tornar a modalidade conhecida da sociedade.

Com a referida alteração legislativa, a guarda compartilhada, antes nem mesmo prevista no diploma civil, adquire a qualidade de regra, em detrimento da unilateral, exceção a ser evitada sempre que possível.

Neste sentido, leciona Décio Luiz José Rodrigues:

“... em havendo divergência entre os genitores a respeito da guarda ser unilateral ou compartilhada, será sempre aplicada pelo Juiz, a guarda compartilhada, conforme artigo 1.584, § 2º, do Código Civil. “id est”, a guarda compartilhada passa a ser regra geral do tipo de guarda a ser aplicado aos genitores, mas sem embargo de caso a caso, verificar-se o preenchimento daqueles atributos (o afeto, a saúde e segurança e a educação, sem olvidar do poder de supervisão de outro genitor) pelos genitores ou por um só deles, caso em que a guarda será unilateral”¹³⁵

Sobre a modificação trazida pela referida lei, posiciona-se Maria Berenice Dias:

Agora houve uma profunda alteração. Em boa hora vem nova normatização legal que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).¹³⁶

¹³⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 128

¹³⁵ RODRIGUES, Décio Luiz José. *Guarda Compartilhada*, p. 64-65

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice: *Guarda Compartilhada, Uma Novidade Bem Vinda!* Em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true> Acesso em: 20 de outubro de 2013

A preocupação com a estabilidade dos relacionamentos entre o ex-casal e a prole encontra justificativa no processo evolutivo da família, que culminou na solidificação da valorização dos laços afetivos e da maturidade relativamente aos temas familiares. Assim, procura-se minimizar efeitos emocionais desfavoráveis aos filhos, os mais vulneráveis numa situação de divórcio.¹³⁷

3.2 Princípio do Supremo Interesse da Criança e do Adolescente

Conforme visto nos capítulos anteriores, em sintonia com as transformações no direito de família em geral, o direito de guarda adaptou-se para absorver as novas realidades sociais. Atualmente, não se visualiza o estudo deste sem a perspectiva da prevalência absoluta do interesse dos filhos.¹³⁸

Neste sentido, na hipótese de fim do relacionamento dos genitores, tem-se a compreensão de que a família não se extingue, apenas passa a existir de outra maneira, devendo continuar a cumprir o seu bem comum, qual seja, a transmissão de valores para o desenvolvimento dos filhos.¹³⁹

Tanto que mesmo nas dissoluções conjugais pela via consensual, quando o destino dos filhos é regulado pelos pais, o acordo entre estes está sujeito à recusa do juiz, caso observado que o interesse dos filhos não esteja suficientemente preservado, conforme artigo 1.574 do Código Civil:

Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.
Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Ressalta-se a precedência deste artigo sobre os demais, uma vez que abrange as hipóteses dos artigos anteriores, dando ao juiz a faculdade discricionária.

¹³⁷ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, Separação e Mediação: Uma Visão Psicológica*, p.47

¹³⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*, p. 39

¹³⁹GRISARD FILHO, Waldyr. Op cit, p. 69

Assim, o ordenamento procura proteger um interesse concreto, *sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso.*¹⁴⁰

Tal compreensão não implica na desconsideração do interesse dos pais, apenas busca garantir que o desejo destes não se choque com o dos filhos, dando prioridade à criança e ao adolescente.

Nos termos expostos por Luiz Edson Fachin:

Sustenta-se a orientação da deliberação através do critério do “melhor interesse para o filho”. São os assim designados superiores interesses da criança.¹⁴¹

Ainda, tem-se que o princípio do bem-estar dos filhos não pode ser compreendido como algo abstrato, independente da relação pais-filhos, levando os pais a não perceber com a devida seriedade o papel destes como educadores.¹⁴² Isso porque, é errôneo reduzir o poder parental ao mero conjunto de deveres, vez que estar presente na formação dos filhos é importante para todos os sujeitos da relação, com desdobramentos também na plena realização da personalidade dos pais.¹⁴³

Contudo, observa-se que a exata noção de melhor interesse permanece vaga, sendo por vezes utilizada de maneira displicente pela jurisprudência. A realidade é que a definição em si não é possível, uma vez inexistente uma orientação uniforme do que constitui o melhor interesse.¹⁴⁴ A caracterização pende da análise concreta, haja vista a constituição do interesse como instrumento operacional para a determinação da guarda.

Conforme leciona Strenger, o interesse da criança e do adolescente é uma noção *polimorfa, plástica e essencialmente não objetivável, que pode assumir todas as formas, esposar todas as épocas e todas as causas.*¹⁴⁵

Assim é o entendimento de Edgar de Moura Bittencourt, para o qual o interesse do filho constitui questão de fato que deve ser dirimida pelo juiz.¹⁴⁶ Na

¹⁴⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., p. 70

¹⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. p. 189

¹⁴² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., p. 31

¹⁴³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Idem, ibidem, p. 31

¹⁴⁴ PEREIRA, Tânia da Silva, Op. cit., p. 210

¹⁴⁵ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Op. cit., p. 56

mesma linha, Eduardo de Oliveira Leite apresenta uma série de elementos que guiam o juiz na definição do que lhe parece ser o melhor interesse do filho, tais como o desenvolvimento físico e moral da criança e a qualidade de suas relações afetivas.¹⁴⁷

Sobre os critérios de determinação, faz-se a distinção entre o interesse moral e o material, prevalecendo o primeiro e não podendo o último ser considerado de maneira independente. Isso porque, o interesse moral faz referência a *uma completa e eficiente formação sociológica, ambiental, afetiva, espiritual, psicológica e educacional*.¹⁴⁸

O interesse econômico não pode ser fator decisivo, sendo que o genitor que disponha de mais recursos é sempre obrigado a transferir parte destes aos filhos, mesmo se não detiver a guarda. Apresenta-se errônea a equivalência entre recursos materiais com maior aptidão para atender as necessidades de uma criança.

No sentido da preponderância do interesse dos frutos do relacionamento, é o posicionamento pacificado do Supremo Tribunal Federal:

“...A alteração de guarda reclama máxima cautela, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente. 3. Sempre que se tratar de interesse relativo à criança e ao adolescente, o magistrado deve ater-se ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar” (STF - ARE: 718806 MG , Relator: Min. CÂRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/11/2012, Data de Publicação: DJe-224 DIVULG 13/11/2012 PUBLIC 14/11/2012) (grifo nosso)

“O interesse dos filhos menores há de ser preservado, e sobrepõe-se a todos os outros interesses. Ficando caracterizado, inclusive, por meio de laudo firmado por Assistente Social e Psicóloga Judicial, que o pai dos menores tem melhores condições para criá-los e educá-los, e considerando que os infantes demonstraram que pretendem ficar em companhia do pai, deve ser concedida a guarda por ele pretendida. Agravo provido.” (STF - AI: 639236 MG , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 12/08/2010, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 24/08/2010 PUBLIC 25/08/2010) (grifo nosso)

Em síntese, deve o magistrado buscar o bem-estar emocional da criança e do adolescente, sua saúde corporal e intelectual, numa perspectiva moral e espiritual, verificando sempre qual opção apresenta mais vantagem para o filho,

¹⁴⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de Filhos*, p. 70

¹⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit, p. 197

¹⁴⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 72

relativamente ao *seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio*.¹⁴⁹

Isso considerado, as leis 11.698/08 e 12.318/10 objetivam garantir as necessidades fundamentais da criança e do adolescente, determinando medidas judiciais preventivas, em face dos interesses das crianças, vistas como partes mais vulneráveis da relação.¹⁵⁰

3.2.1 Guarda Compartilhada na Perspectiva do Interesse dos Filhos

Parte considerável da doutrina, considerando os atuais papéis desempenhados pelos pais, assim como a inserção destes no princípio da direção conjunta da vida familiar, entende que o sistema de exercício de guarda compartilhada é o mais condizente com o interesse dos filhos.

Relevante é a distinção desta com a modalidade alternada, haja vista o foco no compromisso dos pais de cooperar na tomada de decisões, sendo ambos de um ponto de vista legal detentores dos mesmos direitos e obrigações, com a conseqüente participação em igualdade de condições da criação dos filhos.¹⁵¹ Ela não significa tempo igual com a criança, mas que esta tenha acesso aos pais sempre que preciso.¹⁵² A guarda, no caso, permanece com os dois genitores, buscando-se atenuar o impacto negativo causado pela dissolução familiar.

Explica Carbonera:

Seu conteúdo transcende à questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade conjunta. Pai e mãe deverão existir como referenciais, embora possam estar morando em casas diferentes.¹⁵³

¹⁴⁹STRENGER, Guilherme Gonçalves. Op. cit, p. 56

¹⁵⁰MADALENO, Ana Carolina. MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 83

¹⁵¹SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família*. p. 101

¹⁵²SILVA, Denise Maria Perissini da. Idem, p. 68

¹⁵³CARBONERA, Silvana Maria. Op cit, p. 150

Quintas destaca que a determinação do melhor interesse da criança abrange o *interesse de manter uma relação contígua com os genitores*,¹⁵⁴ sendo esta a base sob a qual se fundamenta a modalidade compartilhada. A garantia da continuidade seria ferramenta de diminuição do inevitável impacto provocado pela separação dos pais, inserida na percepção de que, apesar da ruptura, o exercício da autoridade parental permanece competência de ambos os genitores.¹⁵⁵

À vista disto, se os pais estão igualmente aptos a exercer o poder parental, o fato de residirem em casas distintas não deveria implicar a limitação do seu exercício, sendo direito da criança a plena convivência familiar.

Nos moldes desta exposição, a Lei nº 11.698/08 é construída sob o pressuposto de que a guarda compartilhada é a opção que melhor atende o interesse dos filhos, princípio supremo no direito de família, logo pode ser imposta mesmo quando contrário o desejo dos pais.

Relativamente à suposição legal, evidencia Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O melhor interesse da criança e do adolescente se relaciona à dimensão afetivo-antropológica do cuidado, atuando simultaneamente como atitude de preocupação e inquietação pela criança e do adolescente (forma de preocupação), mas também como atitude de desvelo, solicitude, afeição e amor (forma de enternecimento e afeto pela criança).¹⁵⁶

Portanto, nota-se que o ordenamento busca garantir à criança e ao adolescente o acesso constante aos pais, figuras referenciais, haja vista que percebe os genitores como igualmente essenciais para o pleno desenvolvimento dos filhos em comum.¹⁵⁷

3.3 Guarda Compartilhada no Contexto da Alienação Parental

Em uma configuração ideal, a guarda compartilhada quando efetiva garante a manutenção dos vínculos afetivos na família após o fim do relacionamento adulto.

¹⁵⁴ LIMA, Suzana Borges Viegas de. Guarda Compartilhada: a nova realidade. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias. (Coords.). *Guarda Compartilhada*, p. 335.

¹⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit, p. 270

¹⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit, p. 248

¹⁵⁷ SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei Sobre Guarda Compartilhada*, p. 103

A questão que não encontra consenso na doutrina envolve a inserção da guarda compartilhada em ambiente hostil, próprio para a ocorrência de atos alienadores.

Isso porque, sendo o juiz guardião dos interesses da criança e do adolescente, as decisões judiciais não devem olvidar das ramificações práticas das determinações de guarda. Portanto, a possibilidade da guarda compartilhada presente o conflito, assim como seu possível papel de instrumento inibidor de atos alienadores, serão o foco da análise da presente seção.

3.3.1 A Problemática da Cooperação de Genitores em Conflito

A partir da Lei nº 11.698/08, a guarda compartilhada assumiu posição prioritária nas sentenças de família, contudo são destacáveis os questionamentos acerca de sua efetividade quando presente o conflito entre os genitores.

Autores como Ana Carolina Brochado Teixeira defendem que o texto legal não é capaz de dimensionar todos os aspectos da co-participação, motivo pelo qual a aplicação cega da norma não é consoante com o melhor interesse da criança¹⁵⁸, surgindo a preocupação acerca das consequências práticas das decisões judiciais em direito de família.

Isso porque, a guarda compartilhada é fundada na participação de ambos os pais, se não em todos os momentos, algo inatingível, em cada um dos acontecimentos importantes na vida dos filhos. Logo, tem-se como pressuposto a comunicação do casal separado, o que torna possível o compartilhamento das responsabilidades parentais, ressaltada a capacidade de consenso relativamente à decisões chave na formação da prole.¹⁵⁹

Conforme Rolf Madaleno:

Em verdade, a guarda compartilhada pressupõe uma inafastável dose de consenso do casal e, não obstante tenha consolidado a perda de sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, por sua maturidade não se desconectou da tarefa de priorizar a fundamental felicidade da prole.¹⁶⁰

¹⁵⁸TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit, p. 316-317

¹⁵⁹QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 68

¹⁶⁰MADALENO, Rolf. *A Lei da Guarda Compartilhada (Lei 11.698, de 16.06.2008)*. In. DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias. (Coord.). *Guarda compartilhada*, p. 321

Assim, alguns autores ressalvam a escolha pela guarda compartilhada na presença de ambiente hostil, que, na visão destes, poderia ser piorado pela imposição de convivência simultânea.¹⁶¹

Em tal contexto, a guarda compartilhada assumiria o posto de outra fonte de conflito, colocando em cheque sua viabilidade na presença do rancor e dos ânimos acirrados, fomentadores de situações extremas, tal como a alienação parental. Não é da índole da guarda compartilhada, a disputa litigiosa, em que o filho é tratado como “propriedade dos pais”, sendo a obtenção da guarda unilateral vista como uma vitória sob o ex-companheiro.¹⁶²

A preocupação traduz-se na realização de que não basta o convívio da criança com os pais para o alcance dos objetivos da guarda compartilhada, mas sim que esta convivência seja saudável. Na presença de conflito, os objetivos desta, aparentemente, estariam comprometidos, em especial se detectado genitor propriamente incapaz de enxergar além de seus interesses pessoais, propositalmente obstando a tomada de decisões em conjunto.

3.3.1.2 Críticas à Lei nº 11.698/08

No contexto crítico acima exposto, as críticas à Lei nº 11.698/2008, apontam a limitação consistente na restrição da opção entre a guarda unilateral e a compartilhada, em detrimento da consideração de outras modalidades, que possivelmente atenderiam mais completamente o interesse da criança e do adolescente.¹⁶³

Neste sentido, entende Quintas que a redação anterior do artigo 1.583 era mais adequada, por admitir qualquer modalidade de guarda presente o acordo entre os interessados.¹⁶⁴

Também, há oposição à possibilidade de sentença contrária à vontade dos pais, fundamentada na previsão de que eventual discordância não necessariamente

¹⁶¹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Idem, ibidem.

¹⁶²MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 321

¹⁶³QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit. p. 125

¹⁶⁴QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Idem, ibidem.

implica na impossibilidade de determinação da guarda compartilhada, nos termos dispostos pelo § 2º, do artigo 1.585 do Código Civil.¹⁶⁵

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Ainda, recebe críticas a imposição introduzida no artigo 84, § 4º, de sanção ao genitor que desobedece ao acordo de guarda traduzida na redução de prerrogativas do poder familiar, incluindo possível redução do contato com o filho. Isso porque, o raciocínio centrado na punição do pai acabaria por atingir de maneira mais significativa a criança e o adolescente, desrespeitando o direito constitucional da convivência familiar.¹⁶⁶

Em suma, observa-se que o ambiente familiar saudável desejado pela legislação, fundado na sensatez e no compartilhamento de valores, sofre influência do tipo de relação existente entre os genitores, existindo espaço para questionamentos acerca da opção pela guarda compartilhada no contexto familiar marcado pela alienação parental.

3.4 Guarda Compartilhada e o Pleno Exercício do Poder Familiar na Inibição da Alienação Parental

No que pese as ressalvas explicitadas na seção anterior, percebe-se a necessidade de se aprofundar na reflexão acerca da possibilidade de ter-se a guarda compartilhada como instrumento para a inibição da alienação parental, especialmente quando considerado o instituto como instrumento para o pleno exercício do poder parental.

3.4.1 Problemas Advindos da Guarda Unilateral

¹⁶⁵DIAS, Maria Berenice. Direito Das Famílias: Alguns Ganhos. In: *Leis & Letras*. p. 08

¹⁶⁶QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 125

Entre as modalidades de guarda, a compartilhada pode ser considerada a mais adequada, haja vista que exige elevado grau de responsabilidade e comprometimento dos genitores.¹⁶⁷ Isso, não no sentido de extinção de quaisquer divergências, que sempre existirão no tratamento de questões sensíveis, mas na capacidade de pai e mãe resolverem discordâncias em prol do interesse dos filhos.

A princípio pode se suscitar eventuais problemas, como antes exposto, a respeito do artigo 1.584 do Código Civil, o qual determina a preferência pela guarda compartilhada, mesmo na ausência de acordo, em que, nos termos relatados, autores ressaltam a toxicidade de conflito grave a ponto de exigir a intervenção de terceiros.

Contudo, é essencial a contextualização do referido artigo em face do direito à convivência familiar da criança e do adolescente. Nisto, percebe-se que o consenso entre os envolvidos, enquanto desejado, não pode ser elemento principal da determinação, sendo indevido penalizar os filhos pelas desavenças entre os pais.

Para a interpretação dos efeitos positivos da guarda compartilhada, o foco deve ser a relação dos genitores com os filhos e não a relação do casal que termina um relacionamento. A última, certamente, não pode ser ignorada, mas fica em plano secundário diante da relevância do interesse das partes mais vulneráveis na ruptura familiar, que se encontra acima da conveniência dos pais.¹⁶⁸

Ademais, elevado grau de desavença implica na inutilização prática das regras que regem qualquer tipo de acordo entre os pais, observando-se que a outra modalidade prevista pelo ordenamento, qual seja, a unilateral, não funciona diante da extrema má vontade do guardião que, de exemplo, pode dificultar as visitas, a fim de incitar o conflito.¹⁶⁹

Sobre a participação de ambos os pais exigida pela guarda compartilhada, esta é também, se em menor medida, um requisito também da guarda unilateral, uma vez que o poder parental remanesce competência de ambos os genitores.

Elucida Venosa:

Não é porque um dos pais não tem a guarda do filho que deve deixar de exercer a orientação e fiscalização que são próprias do poder familiar. Deve

¹⁶⁷ SILVA, Denise Maria Perissini da. Op.cit, p. 68

¹⁶⁸ LIMA, Suzana Borges Viegas de. Op. cit. P. 335-336

¹⁶⁹ SILVA, Denise Maria Perissini da. Idem, p. 102

participar de sua educação e de questões que envolvem afeto, apoio e carinho. Nas decisões que dizem respeito a essas visitas, o juiz deve fixar períodos mais ou menos longos que propiciem contato com o outro genitor, sem prejuízo de sua atividade escolar, o caso concreto deve dar a solução, inclusive no tocante às férias escolares.¹⁷⁰

Consequente, é imperativa a cautela de não se confundir conjugalidade com parentalidade, sendo exceção a situação de divórcio ou dissolução de união estável, na qual os envolvidos não apresentem problemas de relacionamento.¹⁷¹

Quanto à possível mudança de ponto de vista dos pais, seja em assuntos religiosos ou relativamente à escolha de estabelecimento de ensinos, destaca-se que estas oposições surgem mesmo em famílias que não passaram pelo doloroso processo de separação. Estas questões são menores diante dos benefícios trazidos pela convivência plena entre pais e filhos, além da discordância no exercício da autoridade parental constituir questão apartada da definição de guarda.¹⁷²

Nisto, enfraquecem argumentos que demonstrem a guarda exclusiva como solução mais adequada quando verificada a existência de problemas graves, tal como a Síndrome de Alienação Parental. Inclusive, presente esta, a guarda exclusiva pode constituir fator que agrava o quadro patológico, por perpetuar o ressentimento e privar um pai interessado do convívio com o filho, facilitando o corte do relacionamento entre os alienados desejado pelo agressor.

A psicologia explica que, especialmente nos seus primeiros anos de vida, o tempo é percebido de modo diferente pelas crianças, comparativamente aos adultos. Para elas, semanas representam um período extenso, gerando o risco da ausência do não-guardião ser percebido como abandono, facilitando a perpetuação de relatos denegridores contra o genitor ausente.¹⁷³

Logo, a guarda unilateral aumenta o risco de extinção do vínculo parental, haja vista que um dos genitores fica relegado ao plano de espectador das decisões do guardião, precisando recorrer ao poder judiciário para a superação do arbítrio das escolhas destes.

¹⁷⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit, p. 242

¹⁷¹SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit, p 101

¹⁷²QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 75

¹⁷³SILVA, Denise Maria Perissini da. Idem, p 114

3.4.2 Relação entre o Instituto da Guarda Compartilhada e a Inibição de Comportamentos Alienadores.

A ruptura do casal é naturalmente momento de divergência, mas esta não precisa significar sofrimento sem medida, devendo o judiciário atuar dentro dos limites da razoabilidade para amenizar o impacto nas relações entre os membros da família.

Destaca Silva:

Da mesma forma que ocorria quando os pais conviviam juntos, as relações de convivência continuam existindo, mais em função das crianças, como uma forma de manutenção dos vínculos parentais e respeitando as mesmas estruturas: relações assimétricas entre seus membros, submissão às normas jurídicas e sociais que regulamentam os direitos e deveres de cada um e que são garantidos pela sociedade.¹⁷⁴

Nesta conjuntura, a opção pelo pleno compartilhamento dos atributos do poder família retira a ideia de posse da noção de guarda,¹⁷⁵ mostrando aos pais que é ultrapassada a noção de família pós-separação estabelecida na tirania de um guardião único, figurando o outro como mero visitante, essencialmente ocupante de papel secundário de pagador de pensão alimentícia.

Ainda, evita-se colocar a criança na posição de escolher entre os genitores, algo perverso, que, inclusive, pode incitar os pais a imputar condições desqualificadoras ao ex-parceiro para influir na determinação de guarda, tendo-se outra possível origem da alienação parental.¹⁷⁶

Isto é, a colocação da guarda compartilhada como regra na ruptura do relacionamento conjugal, desestimula o uso de mecanismos agressivos para garantir a decisão judicial favorável aos interesses de um dos pais. O receio de perder a criança, por vezes, revela-se capaz de cegar um genitor inseguro, que passa a perceber artimanhas como aceitáveis no contexto da disputa pela guarda desta.¹⁷⁷

¹⁷⁴SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit, p 101

¹⁷⁵QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 71

¹⁷⁶SILVA, Denise Maria Perissini da. Idem, p 209

¹⁷⁷QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Idem, p. 90

Destaca Silva que a guarda compartilhada é possível na maioria dos casos, sendo que a opção desnecessária pela unilateralidade retira dos pais a chance do crescimento psicológico, ou seja, a possibilidade do amadurecimento resultante da superação do conflito em prol dos filhos.¹⁷⁸

Nas palavras de Quintas:

A guarda compartilhada é uma lembrança constante para os pais de que o fim da relação entre eles não nega a relação com os filhos.¹⁷⁹

Como resultado, a deliberação pela guarda compartilhada se não solução definitiva, certamente dificulta a instauração da Síndrome de Alienação Parental, especialmente quando acompanhada de orientação psicológica apropriada, que intente estimular a cooperação entre os pais.

Sobre a inibição da alienação parental, ressalta-se que um dos modos como esta é instalada é através da obstrução de visitas, sendo a distância temporal dos contatos fator essencial na campanha de difamação.¹⁸⁰ Ciente do aspecto referido, a modalidade compartilhada possui toda uma estrutura voltada a garantir a convivência contínua entre os genitores e a prole, não restringida aos finais de semanas impostos pelo judiciário.

Cabe ressaltar que a alienação parental reflete em profunda desestruturação psicológica da criança, confusa no meio do conflito entre as duas pessoas mais importantes da sua vida, sendo que, por uma questão de sobrevivência, existindo um genitor com o qual a convivência é mais estreita, ela tende ficar do lado deste.

Quando a guarda é compartilhada, contudo, o contato com o genitor não-residente, em teoria, é constante, tornando o filho menos suscetível a acreditar em acusações levianas e sem fundamento. Grande mérito do modelo apontado é o estímulo à tomada de decisões em conjunto, considerando que as opções tomadas sem anuência do outro dificultam o exercício da autoridade parental deste.

A Lei nº 11.698/08, ao determinar modelo prioritário de guarda, retirou os filhos do centro das discussões judiciais de divórcio, resolvendo a situação destes na

¹⁷⁸SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit, p 167

¹⁷⁹QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Op. cit, p. 90

¹⁸⁰ PODEVYN, François. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>.> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

maioria dos casos.¹⁸¹ Assim, os pais permanecem litigando apenas quanto a outros aspectos da ruptura, algo extremamente benéfico, uma vez verificada a tendência infantil de se considerar culpada pela separação dos pais, especialmente quando objeto de litígio.

No sentido da preocupação com aspectos práticos, tem-se que o juiz deve informar os pais dos aspectos relevantes da guarda compartilhada, em especial sobre seu significado e importância, assim como as sanções para eventual descumprimento.¹⁸² Portanto, há o esclarecimento referente ao papel dos genitores como responsáveis pela manutenção dos laços familiares que apenas o convívio alimenta.¹⁸³

Relevante apontar que o artigo 7º da Lei nº 12.318/10, regulamentadora do instituto jurídico da alienação parental, sob aspecto preventivo, determina a atribuição preferencial de guarda ao genitor que viabiliza a efetiva convivência do filho com o outro. Tal critério parece dar maior efetividade ao instituto da guarda compartilhada, vez que inibe a deliberada busca em juízo da guarda unilateral, assim como desestimula a colocação de ressalvas insinceras e a mera má vontade dos genitores para a sua implementação bem sucedida.¹⁸⁴

Elucida Gama:

Assim, a indicação da conveniência da guarda compartilhada, especialmente para atendimento dos interesses do filho comum, a conscientização de que os vínculos paterno-filial e materno-filial nunca se romperão e que independem da convivência diária dos pais, são aspectos que merecem ser informados pelo juiz aos pais da criança ou adolescente cuja guarda é tema principal a ser abordado na tentativa de conciliação.¹⁸⁵

Considerado o interesse prioritário dos filhos, a constante convivência dificulta a propagação de comportamentos alienadores, além de a divisão de todas as responsabilidades, e não apenas a financeira, minimizar possíveis ressentimentos e evitar a sobrecarga em cima de um dos genitores.¹⁸⁶

¹⁸¹QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Idem, p. 71

¹⁸²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit, p. 261

¹⁸³MEIRA, Fernanda de Melo. Op.cit, p. 297

¹⁸⁴ PEREZ, Elizio Luiz. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental*, p. 78

¹⁸⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, ibidem

¹⁸⁶ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit, p. 128

Frente às consequências graves e duradouras da alienação parental, portanto, percebe-se a guarda compartilhada como opção a ser aplicada sempre que possível, exatamente como determina a Lei nº 11.698/08, haja vista que, nos termos expostos, esta efetivamente representa avanço no direito de família.

Isso porque, pelo exercício conjunto dos atributos do poder familiar, tem-se a intenção central de tornar a ruptura menos dolorida para os filhos, devendo a cooperação entre os pais ser estimulada pelo Poder Judiciário, a fim de demonstrar aos filhos que a ligação afetiva não foi enfraquecida pela separação.

Assim sendo, a aplicação da guarda compartilhada surge como possível instrumento de inibição da alienação parental, enquanto forma de superação das limitações da guarda unilateral,¹⁸⁷ protegendo a criança e o adolescente dos enormes prejuízos psicológicos advindos do ressentimento contra um dos pais e da vazia sensação de abandono.¹⁸⁸

¹⁸⁷ FREITAS, Douglas Phillips. Op. cit. p. 42

¹⁸⁸ PODEVYN, François. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>.> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

CONCLUSÃO

A concepção jurídica de família alterou-se no tempo, conforme a valorização dos laços pelo viés da conveniência e do patriarcalismo cedeu espaço para a consideração dos laços afetivos. O direito de família, no mesmo sentido, transformou-se para oferecer proteção jurídica às diferentes entidades familiares e às situações decorrentes¹⁸⁹.

No concernente a uma eventual dissolução da união conjugal, o direito passou a se preocupar também com o psicológico dos envolvidos. A ruptura é um momento difícil e, por vezes, indesejada por uma das partes. Há casos em que a mágoa é tamanha que adultos não hesitam em utilizar os filhos em comum como instrumentos de vingança. A criança é, então, manipulada para rejeitar um dos genitores, sem que perceba ser vítima da chamada alienação parental.

No capítulo inicial, apresentou-se a Lei nº 12.318/10, que institui a alienação parental no ordenamento nacional, denotando a preocupação tanto social quanto jurídica em agir no sentido não apenas de punir os atos alienadores, mas primordialmente de impedir que estes ocorram.

Superada a introdução do problema centro do trabalho, passou-se à análise da definição da guarda dos filhos após a separação de corpos, que instaura os moldes da convivência futura dos membros da família. Nos termos demonstrados, a Lei nº 11.698/08 determinou a prioridade da guarda compartilhada, modelo a ser adotado sempre que possível, em detrimento da guarda unilateral.

Consoante ao dispositivo legal, grande parte da doutrina entende que a guarda compartilhada é de regra a melhor opção, inclusive quando não desejada pelas partes, consistindo na responsabilização conjunta e no exercício harmônico do poder familiar relativo aos filhos em comum. A ampla convivência garantiria a permanência dos vínculos afetivos e a influência de ambos os genitores na formação e educação dos filhos.

Isso considerado, discutiu-se a possibilidade de co-participação quando percebidos atos de alienação. Quanto a isto, alguns autores apontam que pais não cooperativos carecem de diálogo, acabando por seguir caminhos que afrontam o intento desejado pelo legislador ao introduzir a guarda compartilhada. Nisto, o

¹⁸⁹ BUOSI, Carolina de Cássia Francisco. Op. cit. p. 25

contato forçado de genitores que não se suportam seria ainda mais prejudicial para a família abalada.

No que parece certo que a efetividade do instituto exige certo nível de harmonia entre os envolvidos, relevante é a perspectiva do interesse da criança e do adolescente, prioritário frente ao dos adultos, por serem os primeiros vulneráveis frente ao estado de formação da personalidade.

Destacou-se no trabalho que parte do caráter tem sua estrutura nos exemplos recebidos das figuras paternas, no que parece injustificável restringir o acesso de um dos genitores aos filhos, em face de desentendimentos com o ex-cônjuge.¹⁹⁰

O magistrado certamente não pode forçar o ideal de respeito no casal separado, mas ao determinar a guarda compartilhada procura garantir a convivência contínua e inibir instrumentos próprios da disputa de guarda, tal como o uso de artimanhas para a obtenção de vantagens judiciais.

No último capítulo, logo, demonstrou-se que a conjugação das leis de guarda compartilhada e de alienação parental objetiva estimular a cooperação entre os pais, a fim de que estes passem a imagem positiva de que são ambos responsáveis pelo crescimento da prole. Assim, se impossível a garantia de efetividade, tem-se importante avanço legislativo no seio do direito de família.

Para a problemática da alienação parental, parece não haver resposta absoluta, contudo, no que pese o posicionamento oposto, a guarda compartilhada não deve previamente descartada em face da ausência de consenso parental, vez que o prioritário interesse dos filhos não pode ser atrelado ao tipo de relação que os pais conseguem estabelecer após a ruptura.

Conclui-se, portanto, que a manutenção da integralidade dos atributos do poder familiar após a ruptura do casamento ou da união estável, é de fato um possível meio de se inibir a prática de atos de alienação, no que incentiva a superação de diferenças e ameniza a sensação de impotência advinda da guarda unilateral.

¹⁹⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. cit, p 114

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei Federal nº 8069, de 13 de Julho de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 5 de janeiro de 2008.

_____. *Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 10 de novembro de 2013.

BUOSI, Carolina. *Alienação Parental: Uma interface do direito e da psicologia*. Curitiba: Juruá, 2012.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CALÇADA, Andreia. *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardiã: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*. São Paulo: Equilíbrio, 2008.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, Separação e Mediação: Uma Visão Psicológica*. São Paulo: Método, 2004.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DARNALL, Douglas. *Uma Definição Mais Abrangente de Alienação Parental*. Tradução por Paulo Mariano Lopes. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94003-umaanalise.html>> Acesso em 20 de outubro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana. Do Parentesco e da Filiação. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>> Acesso em: 06 de outubro de 2010.

GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente.>> Acesso em: 19 de outubro de 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. v. 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

_____. *Guarda Compartilhada: quem o melhor para decidir a respeito?* In: São Paulo: Revista Jurídica, v.47, n.268, p.28-31, fev. 2000.

FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as Regras da Perícia, Social, Psicológica e Interdisciplinar. Comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito de Família: Novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *O Que é a Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-set-17/guardar-ou-alienar-sindrome-alienacao-parental> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Monografia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. *Guarda compartilhada: a nova realidade*. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias. (Coord.). *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Editora Método, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. A Lei da Guarda Compartilhada (Lei 11.698, de 16.06.2008). In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias. (Coord.). *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Editora Método, 2009.

MEIRA, Fernanda de Melo. A Guarda e a Convivência Familiar Como Instrumentos Veiculadores de Direitos Fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva, O Princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Gisele Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PODEVYN, François. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>.> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada: de Acordo Com A Lei nº 11.698/08*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei Sobre Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental*. 2 ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2011.

_____. *Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos das Relações entre Pais e Filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. v. 01. São Paulo: Editora LTr, 1998.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TORRACA DE BRITO, Leila Maria, Igualdade e Divisão de Responsabilidades: Pressupostos e consequências da guarda conjunta. In: GROENINGA, Gisele Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.