

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DEISIANE ARAUJO DE SOUSA

**A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA NA
DIMINUIÇÃO DOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

VITÓRIA
2017

DEISIANE ARAUJO DE SOUSA

**A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA NA
DIMINUIÇÃO DOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a aprovação na disciplina de elaboração do TCC, sob a orientação da Prof. Dr^a. Bruna Lyra Duque.

VITÓRIA

2017

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus e à minha família, que sempre foi a base, abrindo as portas para que eu pudesse lutar e alcançar todos os objetivos almejados, me apoiando e incentivando, acreditando inteiramente em minha capacidade.

Aos meus amigos que compartilharam comigo todos os momentos de alegrias, medos e incertezas, enfrentando conjuntamente as dificuldades encontradas ao longo da vida, do ensino fundamental à graduação, do cansaço à realização. Ao meu namorado que, mesmo de longe, sempre incentivou para que eu pudesse me dedicar mais e mais.

Aos professores da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, sobretudo minha orientadora Bruna Lyra Duque, que despertou o meu interesse na área de Direito Civil ainda no início da graduação, fazendo esse interesse aumentar ainda mais ao me apresentar a subárea Direito de Família, se tornando presente do início ao fim, da escolha do tema às considerações finais.

RESUMO

Com a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, os artigos 1.583 a 1.585 e 1.634 do Código Civil foram alterados, passando-se a estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”, a dispor sobre a sua aplicação e adotar tal instrumento como regra no ordenamento jurídico. São variados os conflitos entre os genitores após a ruptura da sociedade conjugal, que muitas vezes acabam atingindo o menor e, nesse sentido, surge a prática da alienação parental, em que um dos cônjuges tenta desqualificar e desmoralizar o outro, ou qualquer dos cuidadores, buscando influenciar a criança ou adolescente para comprometer a imagem que este tem do genitor alienado, fazendo com que a criança busque se defender de uma ameaça inexistente. Em muitos casos essa prática gera um resultado danoso para o menor, como atitudes antissociais, violentas e até mesmo criminosas, além de depressão e um possível remorso no futuro, sendo esta consequência a síndrome da alienação parental. Surge, então, a necessidade de entender a caracterização da alienação parental, diferenciá-la da síndrome de alienação parental e como esta pode ser reduzida quando adotada a guarda compartilhada, que busca uma plena participação de ambos os genitores na vida do filho, evitando o distanciamento causado pela guarda unilateral, em prol do maior interesse da criança e do adolescente e de outros princípios, por exemplo, princípio da solidariedade familiar, da afetividade e igualdade entre os cônjuges e companheiros. Dessa forma, o presente estudo busca compreender os direitos e os deveres dos genitores, previstos na Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, indagando-se de que forma a guarda compartilhada pode contribuir para prevenir os casos de alienação parental. Para desenvolver o tema, utiliza-se o método dialético, analisando argumentos favoráveis e contrários à aplicação desta guarda e os objetivos que levaram a aprovação da referida lei.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Guarda Compartilhada. Alienação parental. Genitores.

ABSTRACT

With Law 13,058 of December 22, 2014, Articles 1,583 to 1,585 and 1,634 of the Civil Code were amended, establishing the meaning of the term "shared custody", disposing of its application and adopting such instrument as a rule in the legal order. Conflicts between the parents after the rupture of the conjugal society, which often end up reaching the minor, and in this sense, the practice of parental alienation, in which one of the spouses tries to disqualify and demoralize the other, or any of the caregivers, seeking to influence the child or adolescent to compromise the image of the alienated parent, making the child seek to defend himself against a nonexistent threat. In many cases this practice results in harm to the minor, such as antisocial, violent and even criminal attitudes, as well as depression and a possible remorse in the future, this being the consequence of the parental alienation syndrome. The need to understand the characterization of parental alienation, to differentiate it from the parental alienation syndrome, and how this can be reduced when shared custody, which seeks a full participation of both parents in the life of the child, is avoided. distancing caused by unilateral custody, for the greater interest of children and adolescents and other principles, for example, the principle of family solidarity, affectivity and equality between spouses and partners. Thus, the present study seeks to understand the rights and duties of the parents, provided for in Law 13.058 of December 22, 2014, asking how shared custody can contribute to preventing cases of parental alienation. In order to develop the research, the Dialectic Method will be used, making it possible to analyze arguments favorable to and contrary to the application of shared custody and the objectives that led to the approval of the law.

KEYWORDS: Family. Shared custody. Parental alienation. Caregivers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 PODER FAMILIAR NA PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
2 MODALIDADES DE GUARDA E LEI 13.058 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014.....	16
3 CONTORNOS TEÓRICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	23
4 A RELAÇÃO ENTRE A ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA.....	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

Com a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014¹, os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil² foram alterados, passando a estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e a dispor sobre sua aplicação, sendo esta adotada como regra. Tais artigos se encontram nos Capítulos “Da Proteção da pessoa dos filhos” e “Do Poder familiar”.

Para discutir sobre a guarda, deve-se tratar, primeiramente, do poder familiar, pois é a partir deste que existem os direitos e deveres exercidos pelos pais, de forma igual e simultânea.

No capítulo um deste trabalho será apresentado a expressão “poder familiar”, que está previsto no artigo 1.634 do Código Civil³ e tem como conteúdo a criação e educação dos filhos, consentimento para casar, anuência para viajar ou mudar de residência, representação judicial até os 16 anos, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir que lhes prestem obediência e respeito e, o foco deste trabalho, exercer a guarda unilateral ou compartilhada⁴. Tal expressão será analisada na perspectiva dos princípios constitucionais do direito de família, com as alterações que sofreu ao longo da história.

Os pais devem cuidar e proteger seus filhos menores, devido ao poder familiar, até que eles alcancem a maioridade. Nos casos em que ocorrem a ruptura do vínculo conjugal, o dever de cuidado e proteção continua, sendo necessário estipular qual é a modalidade de guarda mais adequada, visando sempre o melhor interesse da criança ou adolescente. Nesse sentido, o capítulo dois apresentará as modalidades de guarda, com foco na lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014⁵, que dispõe sobre a aplicação da guarda compartilhada.

¹ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 630.

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado

Apesar de ser adotada como regra, além da guarda compartilhada, existem também a unilateral e a alternada. Destaca-se que a guarda dos filhos vai muito além da questão do Direito Civil, necessitando de auxílio de diversas áreas, analisando aspectos psicológicos, emocionais, sociais dentre outros, para decidir com precisão qual o melhor tipo de guarda, buscando a proteção do menor.

Na guarda unilateral, como um dos genitores possui a guarda e o outro possui o direito de visita, sendo esta, muitas vezes, de quinze em quinze dias, há um distanciamento entre o menor e aquele que possui apenas o direito de visita. Com o passar dos anos, notou-se que tal distanciamento é prejudicial, e que a presença e participação de ambos na vida de seus filhos é o melhor caminho a seguir. Por isso, a partir de 2014, passou-se a adotar a guarda compartilhada como regra.

A guarda compartilhada “[...] possui o escopo de proporcionar aos genitores plena participação na vida dos filhos, dividindo aqueles as obrigações e as responsabilidades, sempre buscando o bem-estar do menor”⁶. Assim, todas as decisões serão tomadas em conjunto, compartilhando todo o núcleo dos deveres inerentes à tutela da criança e do adolescente inerente à responsabilidade parental.

Assim sendo, o poder familiar é exercido, de fato, por ambos os genitores, em igualdade de condições, buscando-se a plena participação na vida do filho e evitando o distanciamento causado pela guarda unilateral, em prol do maior interesse da criança e do adolescente, bem como em observância aos princípios constitucionais que permeiam as relações familiares, como o princípio da solidariedade familiar e da igualdade entre os cônjuges e conviventes.

⁶ ASSIS NETO, Sebastião de. *et al.* **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1621.

Ressalta-se que a guarda alternada não foi recepcionada em nosso ordenamento, mas é muito confundida com a guarda compartilhada, na apreciação de casos concretos, sendo necessário, pois, diferenciá-las.

Na alternada, o tempo de convívio da criança com os genitores é dividido de forma igual, modificando-se, amplamente, a rotina do menor. Diferentemente desta, na guarda compartilhada não se trata de tempo, mas sim de deveres, obrigações e aproximação dos pais e filhos, mantendo-se a rotina dos filhos e buscando uma maior união familiar.

Após a ruptura da sociedade conjugal, são muitos os problemas envolvendo brigas entre os genitores, que muitas vezes acabam atingindo o menor. Em consequência dos conflitos existentes entre os genitores, surge a alienação parental, na qual um dos cônjuges tenta desqualificar e desmoralizar o outro, ou qualquer dos cuidadores, buscando influenciar o menor para comprometer a imagem que este tem do alienado, afastando-os e causando diversos danos a criança ou adolescente, como atitudes antissociais, violentas e até mesmo criminosas, além de depressão e um possível remorso no futuro.

Tal problema é tratado na lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010⁷, que o conceitua, traz um rol de condutas que configuram esta prática e prevê, ainda, as sanções cabíveis ao alienante. Muitas vezes é identificado como síndrome da alienação parental e alienação parental, porém, é necessário destacar a diferença entre estas, que serão tratadas no capítulo três.

Um dos objetivos da guarda compartilhada é aproximar os pais dos filhos, buscando alcançar o interesse do menor e evitar tais conflitos. Dessa forma, analisando os direitos e deveres dos genitores previstos na lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014⁸, indaga-se, de que forma a guarda compartilhada pode contribuir para prevenir os casos de alienação parental?

⁷ BRASIL. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁸ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Por fim, considerando os objetivos que levaram a aprovação da lei para que se adote a guarda compartilhada como regra, os direitos e os deveres dos pais, busca-se responder essa questão no capítulo quatro.

Para desenvolver o tema, utiliza-se o método dialético hegeliano⁹, por se fundamentar nas contradições, que estão presentes em toda a realidade, e no movimento, estando em transformação e inacabada, buscando possíveis soluções para prevenir os casos de alienação parental, a partir da guarda compartilhada.

⁹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82.

1 PODER FAMILIAR NA PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A expressão “poder familiar” significa o poder que tanto o pai quanto a mãe exercem sobre os seus filhos, havendo deveres e obrigações para com eles. Corresponde à antiga expressão “pátrio poder”, que devido a sua conotação “machista”, fazendo referência apenas ao poder do pai em relação aos filhos, foi alterada. Tal expressão poder familiar também sofre críticas pela doutrina¹⁰.

Em Roma, prevalecia o princípio da autoridade do *pater familias*, em que o pai exercia uma chefia incontestável sobre todos que eram subordinados a ele, tanto seus filhos, quanto sua esposa e escravos. A suspensão do pátrio poder, possibilitava a venda do filho por um tempo determinado, sendo o limite máximo de cinco anos, o recuperando depois, tendo como objetivo, em regra, suprir dificuldades financeiras da família. Havia, ainda, a possibilidade de abandonar um filho recém-nascido, por conta do direito de “seleção eugênica quando nascesse uma criança débil”¹¹.

Ou seja, o chefe da família detinha o poder absoluto, cabendo a ele tomar todas as decisões relacionadas ao patrimônio, religião, política e todas as outras pessoas daquela família deveriam obedecê-lo. Esse modo de poder familiar de Roma só foi alterado após o advento do cristianismo como a religião oficial, que passou a defender a igualdade entre os cônjuges e a solidariedade entre os entes da família.

Essa ideia de grande poder conferido ao chefe familiar foi predominante durante muitos anos e em muitos povos. No Brasil colonial, sob influência das leis de Portugal, também predominava. Neste período, o pai tinha um domínio elevado sob seus filhos, esposas e escravos.

¹⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 688.

¹¹ *Ibid*, p. 687.

O Código Civil de 1916¹² também seguia esse modo de organização familiar, trazendo o homem como o chefe da sociedade conjugal. Após a lei 4.121 de 27 de agosto de 1962¹³, conhecida como o Estatuto da Mulher casada, a esposa passou a ter um espaço para exercer esse poder, porém, em caso de divergência, prevalecia a opinião do pai, podendo a mulher, apenas, recorrer ao juiz para solucionar. Desse modo, ainda havia a supremacia do pai, e não uma igualdade.

Esta ideia só foi alterada a partir da Constituição Federal de 1988¹⁴, em seu artigo 226, § 5º, com o princípio da isonomia, que passou a dar direitos e deveres iguais ao homem e a mulher, para exercer o seu papel na sociedade conjugal, e com o artigo 227, dando ao poder familiar o significado de direito protetivo.

Apesar de trazer uma maior imparcialidade em relação ao homem e a mulher, a expressão “poder familiar” não traz o real significado de dever e obrigação que ambos os pais têm com o seu filho, não sendo apenas um poder sobre ele.

Conforme Rolf Madaleno¹⁵ “existe um compreensível desconforto com o vocábulo poder, que ainda remonta à ideia de domínio dos pais sobre seus descendentes, e que não se concilia com a democratização da família”.

Por este motivo, as expressões “autoridade parental” e “responsabilidade parental” são as mais aceitas pela doutrina, defendendo melhor a ideia de proteção integral de crianças, adolescente e jovens, que é um princípio constitucional, previsto no artigo 227 da Constituição Federal¹⁶.

¹² BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil.

¹³ BRASIL. **Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

¹⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

¹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 688.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 457.

O conteúdo do poder familiar pode ser encontrado no artigo 229 da Constituição Federal¹⁷ que prevê aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Pode ser encontrado, também, no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸ e no 1.634 do Código Civil¹⁹ que, de forma mais ampla, traz a criação, educação, exercício da guarda unilateral ou compartilhada, consentimento para casar e viajar ao exterior ou mudar sua residência, representação judicial e extrajudicial nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e, por fim, exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Essa proteção deve ocorrer pelo fato da criança ou adolescente se encontrarem em uma situação de fragilidade, pois ainda estão em processo de amadurecimento e com a personalidade em formação, não tendo capacidade de conduzir a própria vida sozinho, necessitando de apoio, proteção e cuidados²⁰.

O princípio de proteção integral da criança e dos adolescentes justifica, então, a necessidade dessa autoridade e responsabilidade parental, que geram não apenas um poder, mas um dever de cuidado, fornecendo direitos e garantias fundamentais, para que o menor chegue à condição adulta com a melhor formação possível.

Tais direitos e garantias fundamentais estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ e no artigo 227 da Constituição Federal²², que traz o princípio do atendimento compartilhado às crianças e adolescentes. Este princípio divide os deveres e responsabilidades pela proteção ao menor entre a Família, o Estado e a Sociedade.

¹⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

¹⁸ BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

²¹ BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

²² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

Estão submetidos ao poder familiar não apenas os filhos naturais, mas, também os civis, os socioafetivos e os adotivos. Isso se dá como consequência do princípio da afetividade, colocando como cumprimento das funções parentais não a questão biológica, mas, sim, o “cuidado e desvelo dedicados aos filhos”²³.

Cabe salientar que a autoridade dos pais advém do interesse do filho, existindo justamente para satisfazê-lo da melhor forma possível, tendo como função o dever de cuidado e não um poder de autoridade em si, não sendo o filho apenas um objeto, mas, sim, um sujeito de direito, necessitando de cuidados relacionados a alimentação, moradia, saúde e todos aqueles necessários à sua existência, sendo de grande importância, também, as necessidades afetivas²⁴.

Tal poder é irrenunciável, inalienável, intransferível e imprescritível²⁵ e só poderá ser suspenso se o juiz assim entender como a melhor medida a ser adotada, nas hipóteses de abuso de autoridade previstas no artigo 1.637 do Código Civil²⁶, sendo estas o não cumprimento dos deveres a eles inerentes ou ao arruinar os bens dos filhos e, conforme parágrafo único, se condenado por sentença irrecorrível em crimes que a pena exceda dois anos de prisão.

O poder familiar existe, então, devido a necessidade de proteção e cuidado que a criança possui. O foco deve ser justamente o melhor interesse da criança e do adolescente, e não mais a supremacia da vontade do pai. Essa dependência do menor, que justifica a necessidade da responsabilidade parental, vai reduzindo na medida de seu crescimento.

O Código Civil de 1916²⁷ trazia os interesses materiais, patrimoniais e econômicos como os pontos principais para constituir e orientar a família. Já a

²³ PEREIRA, op. cit. p. 215, nota 19.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

²⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 458.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil.

Constituição Federal de 1988²⁸ alterou essa ideia com uma visão mais humanista, valorizando a afetividade, a solidariedade e a realização pessoal²⁹.

Nesse sentido, Rolf Madaleno³⁰ defende que

O conceito de poder familiar contemporâneo busca primordialmente garantir a realização pessoal dos filhos menores, e o poder familiar já não se trata mais de um exercício de um poder unilateral e incontestável dos genitores sobre os seus descendentes, muito pelo contrário, é acima de tudo uma obrigação dos pais com seus filhos, um dever assumido com o nascimento da prole para garantir todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento dos sucessores.

A responsabilidade civil dos pais é objetiva, conforme artigo 932, inciso I e 933 do Código Civil³¹, e seus deveres permanecem com a separação conjugal, pois mesmo após o fim do casamento ou da união estável, a relação entre pais e filhos continua e tais deveres também, já que são decorrentes do poder familiar, conforme previsto no artigo 1.634 do mesmo Código.

Trata-se de uma “responsabilidade civil indireta”³², na qual os pais respondem integralmente pelos prejuízos que seus filhos dão causa. Isso porque, devido ao poder familiar, os pais possuem deveres que, se não praticados ou praticados de forma incorreta, acabam influenciado na prática de atos ilícitos pelo menor.

Conforme Flávio Tartuce³³ e Carlos Roberto Gonçalves³⁴, não há uma ligação direta entre os pais com o ato que causou o dano, porém, é necessário comprovar a culpa dos filhos pelo ato ilícito praticado.

²⁸ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

²⁹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 19.

³⁰ Ibid, p. 24.

³¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 543

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 120.

Essa responsabilidade tem como objetivo assegurar à vítima a garantia de ressarcimento, pois, conforme Silvio Rodrigues³⁵

Como o menor, ordinariamente, não conta com recursos próprios, o fato de se atribuir a responsabilidade solidária a seus genitores aumenta a possibilidade de a vítima receber a indenização.

Tal responsabilidade advém, então, do poder familiar e dos deveres inerentes a ele, existindo independentemente da separação conjugal ou da guarda estipulada, não sendo cabível ação de regresso, previsto no artigo 934 do Código Civil³⁶, de ascendente contra descendente incapaz que deu causa ao dano, devido ao princípio da solidariedade familiar, que se refere aos deveres recíprocos que os integrantes da mesma família possuem entre eles, havendo o dever de assistência moral, material e afetiva.

³⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

2 MODALIDADES DE GUARDA E LEI 13.058 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014

A expressão “guarda” em seu sentido genérico significa proteção, administração ou vigilância. No sentido de guarda dos filhos, significa “tanto custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”³⁷. Cabe aos pais cuidar e proteger os filhos menores, devido ao poder familiar, até que eles alcancem a maioridade.

Primeiramente, antes de analisar as modalidades de guarda e as alterações que ocorreram a partir da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, é necessário entender o significado de guarda e diferenciá-la de poder familiar.

O poder familiar, como foi dito no capítulo anterior, é um conjunto de deveres que os pais possuem perante seus filhos, previstos no artigo 1.634 do Código Civil³⁸ e a guarda dos filhos é um atributo deste poder, ou seja, é um dos deveres.

Há uma relação de independência entre o poder familiar e a guarda, isso porque o primeiro advém da paternidade ou maternidade. Apenas o pai e a mãe possuem o poder familiar, independentemente se tal genitor é o guardião ou não. Já o segundo ocorre nos casos de separação conjugal, quando a guarda é estabelecida para um ou ambos os genitores, ou em casos excepcionais que a guarda é dada a parentes ou terceiros.

A guarda estipulada para parentes ou terceiros está prevista nos artigos 1.584, §5º e 1.586 do Código Civil³⁹. Outorgar a guarda da criança para outras pessoas que não sejam os genitores ocorre em casos excepcionais. Nesses casos, em regra, a guarda será estabelecida considerando o grau de parentesco, as relações de afinidade e de afetividade, podendo o juiz estipular de maneira diversa em casos de motivos graves.

³⁷ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

É necessário definir em qual casa o menor irá residir e como será essa guarda, lembrando sempre que independentemente da guarda definida, ambos os genitores permanecem com o poder familiar.

Observa-se que a guarda dos filhos passou por diversas mudanças ao longo dos anos. Historicamente, os filhos sempre ficavam com a mãe, que tinha o papel de exercer atividade domésticas e devido ao despreparo dos pais, que tinham como papel principal ser o provedor da família.

O Código Civil de 1916⁴⁰ e a lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977⁴¹, mais conhecida como lei do Divórcio, buscando uma igualdade entre os gêneros, previam que os filhos menores ficariam com o “cônjuge inocente”, objetivando, assim, a punição daquele que era considerado o errado e o privilégio do outro. Com as mudanças que foram ocorrendo na sociedade, esse assunto sofreu fortes interferências.

A Constituição Federal de 1988⁴² consagrou o princípio da igualdade e passou a prever, em seu artigo 226, § 5º, direitos e deveres iguais ao homem e a mulher. Mulheres passaram a participar do mercado de trabalho, não tendo apenas o papel de exercer atividades domésticas e passando essa função também para os homens, que foram convocados a participarem da vida dos filhos. Isso fez com que estes tivessem maiores interesses nessa convivência após a separação conjugal, reivindicando tal direito.

Diante dessas mudanças na estrutura familiar, a família passou a se vincular e a se manter por elos afetivos. Neste sentido, esclarece Rodrigo da Cunha Pereira⁴³ que

De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil.

⁴¹ BRASIL. **Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.

⁴² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua.

O princípio da solidariedade é muito importante para as relações familiares, conforme previsto de forma explícita no artigo 3º da Constituição Federal e, de forma implícita, em outros artigos, por exemplo, ao tratar da proteção da entidade familiar, da criança e do adolescente e ao idoso.

A solidariedade realça a necessidade de observância dos deveres fundamentais dos pais em relação aos filhos e vice-versa, tais como: dever de cooperação, de cuidado, de assistência e de respeito entre todos os membros da mesma família.

Segundo Rolf Madaleno⁴⁴

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.

Tal princípio é mais facilmente identificado, no que tange às relações envolvendo guarda dos filhos, em uma relação de guarda compartilhada, em que deve haver cooperação e reciprocidade de ambos os genitores.

Como na guarda unilateral um dos genitores possui a guarda e o outro possui o direito de visita, sendo esta, muitas vezes, de quinze em quinze dias, há um distanciamento entre o menor e aquele que possui apenas o direito de visita. Nesta guarda acaba ocorrendo um “exercício unitário de custódia da prole”⁴⁵, no qual, de fato, apenas um dos genitores toma as decisões e exerce o poder familiar, o outro genitor, mais afastado, apenas acompanha.

Este tipo de guarda afasta o outro genitor das decisões que são necessárias serem tomadas diariamente, colocando um dos genitores, o guardião, em um estado de supremacia⁴⁶.

⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 89.

⁴⁵ Ibid, p. 692.

⁴⁶ Ibid, p. 692.

Com essas mudanças e novas exigências, a guarda unilateral, que era a única prevista, passou a dividir espaço com a guarda compartilhada, que foi instituída no Código Civil com a lei 11.698 de 13 de junho de 2008⁴⁷. Porém, ao usar a expressão “sempre que possível”, os juízes quase não aplicavam este tipo de guarda, continuando a unilateral como regra⁴⁸.

Desse modo, foi necessário uma nova alteração, e a partir da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014⁴⁹, os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil⁵⁰ foram modificados, passando a estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, sendo esta adotada como regra.

Há uma grande confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada. Rolf Madaleno⁵¹ trata a primeira como guarda compartilhada legal ou jurídica e a segunda como guarda compartilhada física.

Destaca-se a diferença da compartilhada para a alternada, não podendo ser confundida. Na alternada se divide o tempo em que cada genitor permanece com o filho. A criança passa um período com um dos genitores e depois com o outro, tendo que se adaptar a vida de cada um deles e alterar a sua rotina, sendo totalmente prejudicial.

Já na compartilhada, não se alterna a moradia e nem se refere a divisão de tempo de permanência, mas, sim, às tarefas e decisões que são tomadas conjuntamente pelos pais, o dever de vigilância, de cuidar e se responsabilizar pela prole. A conscientização, cooperação e comunicação entre os genitores são os principais fatores para que a guarda compartilhada possa ser exercida de forma eficaz.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os artigos 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.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

⁵¹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 173

O parágrafo segundo do artigo 1.583 do Código Civil⁵² dispõe que “o tempo de convívio com o filho deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai”, porém, acrescenta que sempre deve ter em vista as condições fáticas e interesses do filho. A redação, então, se preocupa com a participação dos pais na vida do filho, na divisão de deveres e responsabilidades e não na questão do tempo dividido de forma igual, destacando que deve-se adaptar as necessidades da criança ou adolescente com as condições de cada genitor.

Observa-se que há diferença entre repartir e compartilhar⁵³. A expressão repartir se refere à divisão de períodos iguais de tempo, sendo esta a guarda alternada. Já compartilhar vai além, traz a necessidade de compartilhar tarefas e funções entre os pais, gerando uma ampla comunicação entre o menor e seus genitores, o que facilita o convívio, sem forçar uma divisão matematicamente igual do tempo.

Dessa forma, o dispositivo legal mencionado não deve ser interpretado como alternância, mas, sim, como compartilhamento, pois nele prevê que deve-se ajustar a necessidade do menor e a disponibilidade de tempo que ambos os genitores possuem, podendo ser estipulado de maneira flexível. E como ensina Maria Clara Sottomayor⁵⁴, “a igualdade entre os pais não se mede pela igualdade na divisão do tempo, mas pela igualdade na qualidade dos cuidados e dos afetos”.

Assim, pode-se entender que o artigo em questão se preocupa com o convívio entre pais e filhos no sentido de cuidado, comunicação e participação, e não no sentido de alternância exata de tempo.

Rolf Madaleno⁵⁵ acrescenta que a guarda compartilhada deve ser compreendida como sendo o

⁵² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

⁵³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 448.

⁵⁴ SOTTOMAYOR apud MADALENO. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 449.

⁵⁵ MADALENO, op. cit. p. 431, nota 49.

coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns, porquanto eles repartem estas suas naturais responsabilidades como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências.

A separação conjugal em nada interfere nos direitos e deveres dos pais em relação ao filho. O exercício do poder de família não pode ser afetado, e as consequências dessa separação não pode recair sobre o menor, que acaba sendo o mais prejudicado.

Vários fatores estão interligados e devem ser analisados, para que a guarda cumpra a finalidade de proteger e garantir o melhor interesse da criança. Deve-se observar a vontade de cada genitor ou parente para ter a guarda, a relação de afetividade, a opinião do filho em relação à custódia, a rotina da criança ou adolescente, o relacionamento entre os pais e entre estes e seu filho.

A guarda compartilhada foi estabelecida como regra para promover o convívio da criança com ambos os genitores, garantindo ampla participação destes na formação e educação do filho, não sendo prejudicado com a falta de nenhum dos dois e, também, para reafirmar o princípio da igualdade, conforme esclarece Rodrigo da Cunha Pereira que⁵⁶

A guarda compartilhada ou conjunta surge, então, como consequência do pós-feminismo e em decorrência de uma redivisão do trabalho doméstico. (...) esta modalidade de guarda interessa a mãe por retirar dela uma sobrecarga de trabalho, e ao pai para que ele possa verdadeiramente exercer a função paterna. Isso derruba a velha concepção de pai de fim de semana, que acabava se tornando apenas uma visita.

[...]

Assim, a verdadeira igualdade e isonomia entre os gêneros significa que o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. Neste sentido, limitar, restringir visitas/convivência familiar sem um motivo desabonador e que desautorize tal convivência, além de ser uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança, desrespeita também o princípio da igualdade.

Além disso, o afastamento que é gerado com a guarda unilateral e minimizado pela compartilhada, abre um grande espaço para a ocorrência de alienação

⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175-176.

parental, assunto que será tratado a seguir, devido ao excesso de poder dado a apenas um dos genitores, diferentemente da compartilhada, que propõe um equilíbrio na relação entre os genitores, gerando maiores oportunidades para que exerçam suas obrigações e convivam mais tempo com seus filhos.

3 CONTORNOS TEÓRICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Um dos motivos de se adotar a guarda compartilhada como regra é evitar problemas gerados devido ao afastamento que ocorre entre pais e filhos após a separação conjugal. Um desses problemas ocorre a partir da prática da alienação parental.

Existem diferenças, para a doutrina, entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental, que, muitas vezes, são tratadas como sinônimo, mas não são, sendo uma a consequência da outra.

Conforme Maria Berenice Dias, a alienação parental ocorre quando⁵⁷

Um dos genitores leva a efeito verdadeira “lavagem cerebral”, de modo a comprometer a imagem do outro, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme descrito pelo alienador. [...] Assim, aos poucos se convencem da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo o que lhe é informado.

Na alienação parental um dos genitores tenta afastar o filho do outro, por raiva ou vingança, podendo resultar em problemas emocionais, psicológicos e mudanças comportamentais, tais como, atitudes violentas e depressão.

O alienador inicia com as críticas e insultos ao genitor que sofre a alienação, buscando denegrir a imagem deste para a criança com o objetivo que esta o repudie, violando o princípio da responsabilidade parental que se refere ao comportamento dos integrantes da família⁵⁸. A lei 12.318 de 26 de agosto de 2010⁵⁹ trata sobre essa prática, que fere diversos direitos fundamentais da

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 538.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57.

⁵⁹ BRASIL. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

criança ou do adolescente, conforme conceituado em seu artigo 2º e previsto em seu artigo 3º.

Além de conceituar a alienação parental, apresenta um rol de condutas que configuram esta prática e prevê, ainda, as sanções cabíveis ao alienante em seu artigo 6º, por exemplo, advertências, ampliação do regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, acompanhamento psicológico entre outras, sendo a sanção do poder familiar a mais grave.

Na alienação parental o alienador busca manipular os filhos para que eles criem formas de se defender de uma ameaça inexistente, com o objetivo de eliminar qualquer vínculo afetivo existente entre a criança e o outro genitor. Ocorre principalmente nos casos envolvendo separação conjugal e guarda.

Já a síndrome da alienação parental (SAP) é o transtorno no comportamento infantil, resultante da alienação parental. Esse transtorno pode ocorrer em três níveis, sendo as categorias leves, médias e severas, que vai de uma “razoável relação saudável”⁶⁰ até uma relação totalmente conturbada e interrompida, variando no caso concreto. De todo modo se torna prejudicial à criança pois, de alguma forma, interfere no seu modo de pensar e agir.

Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Colúmbia a caracteriza como o “conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro progenitor”⁶¹.

Em outras palavras, é o dano causado por um dos genitores na mente da criança, que passa a ter a sua relação enfraquecida com o outro genitor, ou até mesmo inexistente. O alienador tenta introduzir na criança “as chamadas falsas memórias que vão sendo repetidas para o menor até que ele acredite ter

⁶⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 468.

⁶¹ Ibid, p. 432.

realmente vivenciado o fato”⁶², com o tempo, o próprio menor acredita na imagem que foi passada a ele, e passa a se afastar do genitor alienado, o rejeitando e modificando o seu comportamento. E, muitas vezes, até mesmo o próprio genitor acaba se afastando da criança acreditando ser a melhor solução.

Para existir a síndrome da alienação parental, é necessário existir a alienação parental, já que aquela é consequência desta. Mas não é sempre que existirá a síndrome da alienação parental, podendo existir apenas a alienação parental, quando esta não se consumar, pois “não há meio para que a Síndrome se desenvolva se a alienação não atingir a sua finalidade”⁶³.

A partir do momento que a Síndrome da alienação parental existe, já foi causado à criança ou adolescente danos psicológicos e morais, muitas vezes permanentes e irreversíveis, podendo resultar em depressão, isolamento e até mesmo comportamentos violentos. De todo modo, com a finalidade de atingir o outro genitor, para vingança ou qualquer outro intuito, acaba atingindo a criança, que é a maior vítima.

O juiz, a requerimento ou de ofício, em ação autônoma ou incidental, com a participação do Ministério Público, deve tomar as medidas necessárias, buscando a proteção do menor no caso concreto⁶⁴.

⁶² MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 131.

⁶³ DUQUE, Bruna Lyra. LEITE, Letícia Durval. A alienação parental sob a perspectiva do dever fundamental de afeto e a psicologia. **Revista de artigos 1ª Jornada Científica do Fórum de assistentes sociais e psicológicos do Poder Judiciário do Espírito Santo**, p. 293-298, jul., 2015.

⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 371.

4 A RELAÇÃO ENTRE A ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA

A separação conjugal em si já causa danos a todos os envolvidos, mas quando não há filhos advindos dessa relação, há uma facilidade para interromper qualquer vínculo ali existente e começar do zero. A dificuldade surge quando desse relacionamento nasce um filho, em que há a necessidade de uma relação contínua para a sua criação.

Neste momento, a conscientização dos pais é essencial para fazer com que o filho compreenda e supere esse fase, demonstrando que “seguem íntegras suas relações de amor e afeto para com ambos os genitores, apesar da separação dos adultos”⁶⁵. Deve ficar claro para o filho que ele não é a causa da separação e de que a relação entre ele e seus genitores não será modificada.

Ocorre que, após a separação, devido a desentendimentos e mágoas, muitos genitores entram em uma disputa na qual o maior atingido será o filho. A guarda unilateral acaba acirrando essa disputa, na qual os genitores acreditam que vale tudo para se conseguir a guarda do filho.

Um dos motivos de se adotar a guarda compartilhada como regra é evitar problemas gerados devido as magoas resultantes da separação, além do afastamento que ocorre entre pais e filhos após o início dessa disputa.

Anteriormente, com a lei 11.698 de 13 de junho de 2008⁶⁶, era aconselhável a aplicação da guarda compartilhada sempre que possível, mas esta só deveria ser aplicada se houvesse consenso entre os pais. Já a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014⁶⁷ defende que mesmo se não houver consenso, deve-se

⁶⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 468.

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os artigos 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.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

buscar a aplicação da guarda compartilhada, sempre objetivando o melhor interesse do filho.

O direito não pode simplesmente impor a obrigação de afeto e cooperação de ambos os genitores, igualmente, com os seus filhos, e não é esse o objetivo da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014⁶⁸. Mas a partir do momento que a criança se torna a vítima, é necessário que o Estado passe a tratar do assunto, para buscar a maior proteção e interesse da criança e do adolescente, fazendo um juízo de ponderação.

A discussão não deve girar em torno do que os pais podem ou não fazer e escolher, mas, sim, o quanto a criança pode ser atingida com tal escolha, e como esse dano pode ser evitado.

Nesse sentido, defendem Bruna Duque e Adriano Pedra que⁶⁹

O direito não tem o condão de impor condutas ao psiquismo humano e não pode obrigar o indivíduo a pensar, agir ou nutrir sentimentos dessa ou daquela maneira; mas pode corrigir distorções nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica

A deliberação dos genitores deve ser respeitada, até porque os pais devem saber o que é melhor para seus filhos. Neste ponto, surgem críticas à guarda compartilhada, por prever que esta pode ser aplicada mesmo que não haja consenso entre os pais, alegando-se que a relação conflituosa dos pais afetará aos filhos, principalmente se contrariados e obrigados a compartilharem a guarda.

Rolf Madaleno⁷⁰ apresenta os dois posicionamentos opostos sobre esse assunto. O primeiro é o da vertente otimista, de países como Estados Unidos,

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

⁶⁹ DUQUE, Bruna Lyra. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁷⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 445.

Inglaterra e Alemanha, que defende o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada. O segundo é o da corrente pessimista, de países como Espanha e Portugal, que confere o poder de veto a mãe e defende que deve haver consenso. No Brasil, apesar da legislação defender o compartilhamento mesmo que não consensual, há grande divergência por parte da doutrina e jurisprudência.

Porém, é importante observar os países otimistas, que vem aplicando a guarda compartilhada independente do consenso dos genitores, objetivando o melhor interesse da criança. Nesse sentido, Rolf Madaleno⁷¹ sugere e defende que

Talvez seja o momento de se recolherem os bons exemplos de uma guarda compartilhada jurídica compulsória ou automática, sendo a regra da separação dos pais e a guarda unilateral, a exceção, devendo os pais tomar em conjunto as principais decisões relacionadas ao desenvolvimento e à educação dos seus filhos havidos em comum, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que os pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais, sob pena do descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuda em unilateral em prol do genitor negligenciado.

Salienta-se que este é um momento de fragilidade emocional devido a separação, levando, muitas vezes, os pais a usarem seus filhos como instrumento de vingança, ignorando totalmente o interesse do menor, o prejudicando. Desse modo, o juiz deve se atentar a isso e explicar as vantagens da guarda compartilhada, para convence-los de que o objetivo é satisfazer o interesse da criança e não priorizar as mágoas e desentendimentos dos genitores.

Segundo Rolf Madaleno⁷²

⁷¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 447.

⁷² MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

Não há como contrapor o fato de que os efeitos da separação sempre se estenderão à prole de alguma forma, isto é inevitável, porém, quando esta disputa dos genitores extrapola os limites razoáveis e se transforma em uma guerra de egos, cujo pronunciamento final do juiz representa, erroneamente, uma espécie de vitória sobre o outro cônjuge, normalmente os filhos já estão indevidamente utilizados como moeda de troca pelos seus pais, seja por meio de escancaradas campanhas alienadoras, ou ainda pela denominada violência velada, aquela manifestação muitas vezes até mesmo inconsciente de um pai ou uma mãe desgostoso com os rumos da separação e que, mesmo que não seja verbalmente expressa, é inteiramente percebida e sentida pela criança.

O artigo 1.584 do Código Civil⁷³ ressalta a necessidade da criança ser tratada com a máxima prioridade no ambiente familiar. Então, não será imposto a guarda compartilhada aos pais se prejudicial aos filhos. Deve-se fazer uma análise e todo um estudo, baseando-se o juiz em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, conforme previsto no parágrafo terceiro deste artigo.

O objetivo não é impor uma guarda que contrarie os pais, prejudicado o filho, e nem buscar uma excelente relação entre os genitores, mas, sim, conscientizá-los dos benefícios, para que eles entendam e busquem desenvolver um projeto comum para a criação e educação, fazendo prevalecer o que é melhor para criança. A relação entre os pais, por si só, não deve ser obstáculo para a aplicação da guarda compartilhada. O objetivo é o melhor interesse da criança, independente de boa ou má relação entre os genitores.

Ou seja, o texto deve ser interpretado em conformidade com o “princípio efetivo dos verdadeiros interesses superiores dos filhos”⁷⁴, seguindo as recomendações do §3º artigo 1.584 do Código Civil, devendo o juiz se utilizar de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente busca uma ampla proteção destes, que necessitam de cuidado, afeto e toda assistência possível, que se referem a alimentação, saúde, educação, necessidades físicas e emocionais, mas, também, a ampla convivência familiar e a continuidade desta,

⁷³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil.

⁷⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 439.

que é um ponto essencial para o desenvolvimento do menor, mas acaba sendo esquecido e interrompido nos casos de separação conjugal.

O crescimento gera inúmeras mudanças para a criança, alterações ocorrem e muitas vezes são encontradas dificuldades para enfrentá-las. Isso acaba gerando uma “instabilidade em todo o processo mental”⁷⁵ e por isso nesse momento é essencial que haja um amplo apoio e participação dos genitores. Dessa forma, deve-se priorizar as necessidades do menor e não o conflito dos genitores.

Nesse sentido, concluiu a desembargadora Denise Volpato, da 6ª Câmara de Direito Civil do tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Apelação Cível de nº 2015.050655-3, julgada no dia 29 de setembro de 2015, que a guarda compartilhada deve priorizar e proteger o melhor interesse da criança, independentemente do consenso dos pais se “a prova demonstra a ausência de fatos que desabonem a conduta de quaisquer dos genitores”⁷⁶.

Em junho de 2016, com entendimento diverso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou o pedido de um pai para compartilhamento da guarda, em sede de recurso especial, Resp 1417868, devido à falta de consenso, alegando a impossibilidade de proteção ao menor em caso de conflito entre os genitores⁷⁷.

Porém, em entendimento mais recente, de setembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a guarda compartilhada pode ser estipulada pelo juiz mesmo que não haja consenso entre os genitores. O número deste processo

⁷⁵ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

⁷⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 441.

⁷⁷ Recurso Especial nº 1.417.868 MG. **Superior Tribunal de Justiça**, 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1511016&num_registro=201303769142&data=20160610&formato=PDF>. Acesso em: 03 out. 2017.

não é divulgado em razão de correr em segredo de justiça⁷⁸.

Destaca-se a resistência que os próprios pais criam para não dividir a guarda, pois o que eles têm em mente é que aquele que fica com a guarda é o grande vencedor de uma batalha, em que a criança é o troféu. A jurisprudência ao aceitar a resistência que eles criam, acaba premiando essa conduta na qual o menor é totalmente ignorado.

Por estes motivos, deve o juiz aplicar a guarda compartilhada sempre que possível, mesmo que não haja consenso entre os genitores, porém, sempre respeitando o melhor interesse da criança e do adolescente, que deve ser analisado de acordo com o caso concreto. Sendo necessário essa interferência do Estado justamente para atingir o objetivo de proteger o menor, proporcionando a ele todos os seus direitos, que devem ser priorizados mas acabam sendo ignorados por seus genitores.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar de haver divergência, vem adotando esse posicionamento de admitir a guarda compartilhada por decisão judicial e, segundo Rolf Madaleno⁷⁹, não há o que discordar considerando que

[...] compartilhar a custódia é seguir pura e simplesmente exercendo suas funções como pais, da mesma forma como faziam quando coabitavam e exerciam os atos próprios e inerentes ao poder familiar, com a diferença de que estando os pais separados passam a existir dois domicílios, mas, de qualquer forma, a essência da guarda compartilhada nunca partiu da ideia de dividir os filhos em igual proporção de tempo, mas, sim, de que os pais cobrissem as necessidades dos filhos exercendo sem solução de continuidade o seu papel de progenitores.

Estipular a guarda por decisão judicial não significa uma disputa litigiosa, que os pais devem entender como uma guerra e que só saíra vencedor se for estipulado

⁷⁸ Guarda compartilhada pode ser instituída mesmo havendo graves desavenças entre o ex-casal. **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Guarda-compartilhada-pode-ser-institu%C3%ADda-mesmo-havendo-graves-desaven%C3%A7as-entre-o-ex%E2%80%93casal>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁷⁹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

a guarda unilateral para ele. O ódio e ressentimentos devem ser deixados de lado. O compartilhamento do poder familiar deve ser automático, visto que o poder familiar persiste após a separação conjugal, pois este advém da paternidade e maternidade.

Desse modo, o compartilhamento da guarda e das decisões tomadas conjuntamente, deve ser uma “decorrência natural e saudável da interpretação dos artigos 1.579, 1.588, 1.632 e 1.636 do Código Civil”⁸⁰, sendo exceção a guarda unilateral naquilo que respeita às decisões dos pais.

Ao analisarmos os princípios do Direito de família, como o princípio da igualdade, solidariedade e do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como os princípios constitucionais e deveres fundamentais, pode-se notar que é mais fácil de assegurar-los em uma relação de guarda compartilhada, justamente por haver uma aproximação entre pais e filho, equilíbrio na relação com maior exercício do poder familiar e distribuição de deveres, cuidado e cooperação mútuas.

Além disso, o compartilhamento de responsabilidades poderá minimizar vários problemas causados pelo afastamento gerado com a guarda unilateral, por exemplo, a ocorrência de alienação parental que se dá, principalmente, devido ao excesso de poder de apenas um dos genitores, causando um desequilíbrio na relação entre os genitores e a criança, que passa a ser fortemente influenciada por aquele que está mais próximo dela.

Conforme Maria Berenice Dias⁸¹

A Guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. Maria Antonieta Pisano Motta afirma que a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não

⁸⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 443.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 516

guardião, que tende a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.

Algumas condutas são praticadas com frequência por aquele que busca alienar, muitas dessas previstas no artigo 2º da Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010⁸², por exemplo, impedir o outro genitor de exercer o direito de visitas, tomar decisões sobre o filho sem consultá-lo, tentar impedir a comunicação do filho com o outro genitor e a participação deste na vida de seu filho, omitindo informações relacionadas a saúde, educação, lazer, entre outros, além de chantagens emocionais.

Nota-se que todas essas condutas são facilitadas com o distanciamento do filho do outro genitor. Distanciamento este que é evitado com a guarda compartilhada, e mais facilmente notado na unilateral.

Segundo Maria Berenice Dias⁸³

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhe confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

A cooperação mútua e conscientização dos pais refletirá na diminuição desses problemas. Já que os próprios pais irão evitar praticá-los e, se praticá-los, o filho terá mais facilidade para dialogar com o alienado e entender a situação, já que haverá essa aproximação entre eles, não sendo influenciado tão facilmente, evitando o resultado danoso, que, como já dito, é facilitado pelo distanciamento.

⁸² BRASIL. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 517

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos princípios da solidariedade, igualdade, do melhor interesse da criança e adolescente e da afetividade, os deveres dos pais e as mudanças que a sociedade passou, é necessário observar a importância da guarda compartilhada, que traz uma grande evolução para as relações familiares a partir da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014.

O objetivo é sempre visar a proteção da criança e do adolescente, colocando-o como prioridade, para reduzir, ou até mesmo evitar, todos os danos que são causados ao menor a partir da ruptura conjugal de seus pais.

Após a ruptura da sociedade conjugal, as mágoas e desentendimentos ganham força, fazendo com que os genitores entrem em uma disputa, na qual acabam tratando o filho como um troféu para aquele que sai vitorioso, ignorando totalmente as necessidades do menor.

A lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 busca a aplicação da guarda compartilhada como regra para haver um coexercício da guarda entre os genitores, que gera uma conscientização e cooperação destes, influenciando na redução dos casos de síndrome da alienação parental, que decorre da prática de alienação parental, aqui tratada como um dos problemas mais graves.

Essa modalidade de guarda prevê vários meios de evitar tal prática, ao impor aos pais o dever de cooperação e responsabilidade mútuos, buscando um equilíbrio para que haja ampla participação de ambos os genitores na vida do filho, gerando uma aproximação, aumentando o contato e facilitando o diálogo.

De forma contrária, na modalidade de guarda unilateral, o excesso de poder conferido a um dos genitores, gera um desequilíbrio na relação, havendo uma menor participação do genitor não guardião na vida do filho e, conseqüentemente, dificultando o diálogo entre estes, maximizando as chances

de ocorrência da alienação parental e dos danos causados a partir dela, tornando o menor mais vulnerável a aceitar tudo aquilo que é dito pelo guardião.

Com a aplicação da guarda compartilhada, caso um dos genitores busque influenciar o filho e o afastar do outro genitor se utilizando da prática da alienação parental, dificilmente conseguirá alcançar o resultado danoso, pois a partir da aproximação e da facilidade de dialogar com o outro genitor, a própria criança ou adolescente buscará entender a situação e tudo o que é dito e imposto a ela, conseguindo formar a própria opinião, impedindo que seja influenciado com tanta facilidade.

Isto posto, defende-se a importância da busca pela aplicação da guarda compartilhada, sempre que possível, conscientizando os genitores da importância de se exercer, de fato, o poder familiar, de forma contínua e simultânea, compartilhando os deveres e responsabilidades, evitando o afastamento que é gerado pela guarda unilateral, tornando-se eficaz para a redução dos casos de alienação parental ao dificultar a ocorrência desta prática, alcançando o melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de. et al. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 01 agosto 2017.

_____. **Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm >. Acesso em 01 agosto 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 01 agosto 2017.

_____. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os artigos 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: 01 agosto 2017.

_____. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 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 01 agosto 2017.

_____. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm >. Acesso em: 01 agosto 2017

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUQUE, Bruna Lyra. LEITE, Letícia Durval. A alienação parental sob a perspectiva do dever fundamental de afeto e a psicologia. **Revista de artigos 1ª Jornada Científica do Fórum de assistentes sociais e psicológicos do Poder Judiciário do Espírito Santo**, p. 293-298, jul., 2015.

_____. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FARIAS, Cristiano chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Guarda compartilhada pode ser instituída mesmo havendo graves desavenças entre o ex-casal. **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Guarda-compartilhada-pode-ser-institu%C3%ADda-mesmo-havendo-graves-desaven%C3%A7as-entre-o-ex%E2%80%93casal>. Acesso em: 03 outubro 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recurso Especial nº 1.417.868 MG. **Superior Tribunal de Justiça**, 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1511016&num_registro=201303769142&data=20160610&formato=PDF>. Acesso em: 25 outubro 2017.

STJ decide que guarda compartilhada prevalece mesmo com briga de pais. **Globo**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/stj-decide-que-guarda-compartilhada-prevalece-mesmo-com-briga-de-pais.html>>. Acesso em: 03 outubro 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.