

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

FRANKLIN TORRES CARVALHO

**(IN)EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA OCORRÊNCIA DE
ALIENAÇÃO PARENTAL**

São Luís
2014

FRANKLIN TORRES CARVALHO

**(IN)EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA OCORRÊNCIA DE
ALIENAÇÃO PARENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Me. Maria da Conceição
Meirelles Mendes.

São Luís
2014

Carvalho, Franklin Torres

(In)efetividade da guarda compartilhada na ocorrência de alienação parental / Franklin Torres Carvalho. – São Luís, 2014.

69 f.

Impresso por computador (fotocópia)

Orientadora: Maria da Conceição Meirelles Mendes

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Direito de família. 2. Guarda compartilhada. 3. Alienação parental. 4. Poder familiar. 5. Melhor interesse do menor. I. Título.

CDU 347.634

FRANKLIN TORRES CARVALHO

**(IN)EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA OCORRÊNCIA DE
ALIENAÇÃO PARENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Me. Maria da Conceição Meirelles Mendes (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas preces ouvidas, iluminando com sua Santa luz o meu caminho.

À minha mãe, Hilarilda, e ao meu pai, José Alves, pelo amor, pelas orações, pela confiança, pelo esforço para nos dar sempre o melhor e pelo exemplo de personalidade que são. Obrigado!

Às minhas irmãs, Ana Luísa e Letícia, pela cumplicidade e amizade.

À minha querida tia, Hilânia, e ao meu tio, Humberto, pela oportunidade e acolhimento, aos quais sou bastante grato.

A todos os familiares, pela credibilidade e incentivo.

A todos os professores que contribuíram para o meu aprendizado.

Aos companheiros da PGE/MA, Dr. Alexandre, Dr. Luan, Dr.^a Orlica, Dr. Raimundo e Dr. Wanderlei, pelo grande conhecimento que me repassaram.

Aos colegas do escritório, Da Paz e, em especial a Dr. Carlos Couto, por ser tão paciente e pelo exemplo de profissional, no qual pretendo me espelhar ao exercer a advocacia.

À mestra e orientadora, Maria da Conceição Meirelles Mendes, pela serenidade e disposição em ajudar na elaboração deste trabalho.

“Eduquem as crianças e não será necessário castigar os homens.”

Pitágoras

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar a aplicabilidade da Guarda Compartilhada nos casos de Alienação Parental, abordando, num primeiro momento, aspectos gerais do direito de família, por intermédio do instituto da guarda frente ao poder familiar e à proteção dos filhos. Apresenta um estudo detalhado da guarda compartilhada, evidenciando sua regulamentação no Ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 11.698/08. Trata da possibilidade jurídica da sua aplicação, seus aspectos relevantes e suas vantagens e desvantagens, com foco nos princípios do melhor interesse do menor, da convivência familiar e da igualdade entre os genitores. Aborda o fenômeno da alienação parental no âmbito do contexto familiar, apresentando sua previsão normativa na Lei nº 12.318/10 e suas considerações gerais e pontos preponderantes, bem como as dificuldades práticas de sua aplicação. Ao final, demonstra, por meio de posicionamentos doutrinários e análise jurisprudencial, a previsão legal e a não efetividade da guarda compartilhada mediante casos de alienação parental.

Palavras-chave: Instituto da guarda. Poder familiar. Melhor interesse do menor. Guarda compartilhada. Alienação parental.

ABSTRACT

The present monography aims at analysing the applications of the Joint Physical Custody in the cases of parental alienation and talks about, in the first moment, the overall aspects of the family's right through the institute of the Joint Custody considering the familiar power and the children's protection. It present a detailed study of the joint custody and is the evidence of it's regulamentation in the Brazilian caselaw norm, through the Law n.º 11.698/08. It deals with the caselaw possibility of it's application, it's prominent aspects an it's advantages and disadvantages, focusing the principles of the betler minor's interest; also the familiar closeness and the equality between the progenitors. It also considers the phenomenon of parental alienation within the familiar context, presenting normative prevision in the Law n.º12.318/10 and it's general considerations and prominent points as well as the practical difficulties of it1s application. In the final section, through the doctrinal position and caselaw analysis, the legal prevision and ineffectiveness of the joint custody via parental alienation cases.

Key-word: Custody institute. Parental authority. The minor's better interest. Joint custody. Parental alienation.

LISTA DE SIGLAS

ABRAPA	Associação Brasileira de Psicologia Aplicada
APASE	Associação de Pais e Mães Separados
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ESA	Escola Superior de Advocacia
LINDB	Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro
SAP	Síndrome da Alienação Parental
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	GUARDA	11
2.1	Poder familiar	11
2.2	Guarda e proteção dos filhos	17
2.3	Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira	22
2.3.1	Modelos de guarda previstos no Código Civil Brasileiro	26
3	GUARDA COMPARTILHADA	32
3.1	Possibilidade jurídica da Lei nº 11.698/2008	34
3.2	Aspectos relevantes da guarda compartilhada	38
3.3	Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada	42
3.3.1	Vantagens	42
3.3.2	Desvantagens	44
4	ALIENAÇÃO PARENTAL	46
4.1	Considerações gerais	46
4.2	Diferença entre alienação parental e SAP	48
4.3	Ponderações à Lei nº 12.318/2010	49
4.4	Dificuldades práticas na aplicação da Lei nº 12.318/2010	51
5	(IN)APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL	55
5.1	Previsão legal da guarda compartilhada como alternativa para inibir a alienação parental	55
5.2	A não efetividade da guarda compartilhada mediante casos de alienação parental	57
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
	REFERÊNCIAS	65
	ANEXOS	70

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a aplicabilidade do instituto da Guarda Compartilhada nos casos em que for constatada a prática de atos de Alienação Parental, contextualizando a teoria e a prática dos institutos que se revelam como consequência do término de vínculo conjugal que tenha gerado filhos. O tema trabalhado é alvo de constantes discussões no Judiciário Brasileiro, por tratar de problemas vivenciados no Direito de Família que influenciam diretamente a vida do casal e de sua prole, bem como da sociedade.

A pesquisa desenvolvida apresenta-se estruturada em quatro capítulos, abordando, inicialmente, os aspectos gerais do direito familiar, dando enfoque ao estudo da guarda e do poder familiar, a evolução de ambos na legislação brasileira, bem como da proteção dos filhos por intermédio desses institutos.

No capítulo seguinte apresenta-se um estudo detalhado da guarda compartilhada, por meio da sua regulamentação pela Lei nº 11.698/08, evidenciando a possibilidade jurídica da sua aplicação nas questões familiares, seus aspectos relevantes, para a moderna realidade jurídica brasileira, bem como as vantagens e desvantagens desse modelo de guarda, em obediência aos princípios do melhor interesse do menor, da convivência familiar e da igualdade entre os genitores.

Num terceiro momento aborda-se o fenômeno da alienação parental dentro do contexto familiar, através de sua previsão normativa na Lei nº 12.318/10, apresentando, de forma geral, seus aspectos teóricos e analisando sua aplicação prática pelos magistrados.

Ao final efetua-se uma contextualização do instituto da guarda compartilhada e da alienação parental, visando o estudo de casos concretos para, através de análise doutrinária e jurisprudencial, chegar-se ao cerne da pesquisa, que é a comprovação ou não da efetividade da guarda compartilhada nos casos de alienação parental.

Diante do crescente número de separações e divórcios vivenciados na sociedade moderna, constatou-se que o instituto da guarda precisava ser aperfeiçoado, surgindo, então, a modalidade da guarda na forma compartilhada, regulamentada pela Lei nº 11.698/08, com o objetivo de equilibrar os papéis parentais, diante da divergente guarda única, apresentando melhores possibilidades de adaptação à nova realidade familiar, por permitir a condição de igualdade entre

os genitores perante as responsabilidades e convivência com seus filhos, minimizando os danos advindos da separação do casal. Assim, a guarda compartilhada se propõe a tutelar prioritariamente os interesses da criança e do adolescente, sobrepondo-se aos objetivos pessoais dos pais, atendendo ao princípio da garantia do melhor interesse do menor.

A separação conjugal também abre caminhos para a alienação parental, revelando-se numa prática abusiva de exercício do poder familiar por um dos genitores, através de campanhas psicológicas negativas incute na mente do filho a rejeição ao outro genitor, com a nítida intenção de afastá-lo do convívio com sua prole, em decorrência de sentimentos de vingança e do inconformismo pelo fim do relacionamento conjugal.

O estudo apurado dos institutos da Guarda Compartilhada e da Alienação Parental torna-se preponderante para a análise a que se propõe o presente trabalho monográfico, demonstrando, através do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislações e jurisprudências, os benefícios resultantes da aplicação desta modalidade de guarda, bem como sua efetividade mediante casos de comprovada prática de atos de Alienação Parental.

Portanto, este trabalho de pesquisa busca estudar a guarda compartilhada associada a casos de alienação parental, elucidando suas atuações nos casos de separação conjugal consensual, no que tange à guarda dos filhos, além do contexto em que os pais não conseguem se relacionar de forma pacífica, acirrando os ânimos mediante qualquer situação que lhes diga respeito, chegando a criar um ambiente doentio e propenso à alienação parental.

2 GUARDA

O Instituto da Guarda será tratado neste capítulo como marco inicial para melhor compreensão do contexto do Direito de Família, apresentando aspectos históricos e traçando considerações sobre o poder familiar, sobre a proteção que é dispensada aos filhos e sobre os modelos de guarda existentes na legislação brasileira.

2.1 Poder familiar

A expressão *poder familiar* surgiu da tentativa de se abrandar o sentido da antiga expressão pátrio poder, que desde o direito romano era conferido ao pai de forma absoluta sobre a pessoa dos filhos, assentado numa ideologia patriarcal com interesses patrimoniais.

O pátrio poder foi um instituto previsto no Código Civil de 1916, assegurado exclusivamente ao marido, chefe da sociedade conjugal. Enquanto que a mulher era vista apenas como uma projeção da figura do marido, só exercendo o poder familiar sobre seus filhos na falta ou impedimento do pai. Caso ela ficasse viúva e se casasse novamente, perderia o pátrio poder sobre os filhos, e só o recuperaria quando enviuvasse novamente (DIAS, 2011).

Com o decorrer do tempo, a sociedade evoluiu. Assim, novos conceitos jurídicos foram sendo inseridos na Legislação brasileira, por meio de reformulações constitucionais e jurisprudenciais, com o intuito de melhor amparar a todos da forma mais justa possível.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) assegurou o pátrio poder a ambos os pais, contudo o marido ainda o exercia prioritariamente, contando com sua mulher apenas como uma colaboradora. No caso de divergência entre os dois, prevaleceria a vontade do pai, cabendo à mãe socorrer-se da Justiça para buscar seus direitos (DIAS, 2011).¹

¹ Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o 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.

Posteriormente, com a promulgação da Lei 6.515/77, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, o pai e a mãe passaram a ser titulares dos encargos parentais, que continuaram a existir mesmo após o divórcio ou quando sobreviesse novo casamento de qualquer dos pais, embora a guarda do filho seja atribuída a apenas um deles.

Caio Mário da Silva Pereira contribui com este entendimento relatando:

O Código Civil de 2002, ao introduzir uma nova terminologia no que tange ao pátrio poder, identificando-o como 'poder familiar', não abandonou a sua natureza de 'poder' do instituto, marcado modernamente por obrigações e responsabilidades decorrentes das necessidades de proteção dos filhos, como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento (PEREIRA, 2004, p. 423).

Dessa forma, o Código Civil dispensou tratamento ao poder familiar nos seus artigos 1.630 a 1.638, regulamentando o exercício e as formas de suspensão e extinção, que serão apresentadas adiante. Nesse contexto, ressaltou que os filhos, enquanto menores, estarão sujeitos ao poder familiar, que será exercido pelos pais, durante o casamento ou na vigência da união estável.

Há, portanto, uma limitação no texto legal supracitado, mais especificamente no art. 1.631 do CC, pois, de acordo com o que preceitua Maria Berenice Dias, o poder familiar não decorrerá do casamento ou da união estável, mas, sim, da paternidade e da filiação (DIAS, 2011).

A convivência dos genitores não será requisito essencial para o exercício do encargo familiar, mesmo havendo separação ou divórcio entre eles; os seus direitos e deveres em relação aos filhos continuarão a existir em sua integridade, com exceção ao direito de tê-los em sua companhia, casos em que a guarda absorverá alguns aspectos do encargo familiar, pois, estando o filho sob a guarda unilateral de um dos pais, ao outro caberá o direito de visitas.

Isto não significará perda do poder familiar ou da guarda jurídica pelo genitor não guardião, pois subsistirá seu direito de supervisionar o interesse dos filhos, bem como de fiscalizar sua manutenção e educação.² No entanto, não terá direito de ação nem poderá vetar decisões tomadas pelo detentor da guarda (GRISARD FILHO, 2010; DIAS, 2011).

² Art. 1.583, § 3º, CC: § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Art. 1.589, CC: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O poder familiar decorre da paternidade natural ou da filiação legal, convertendo-se em direito irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo suas obrigações personalíssimas.

Apesar das influências deixadas por esse poder patriarcal, durante a vigência do Código Civil de 1916, que se estendeu até 2002, o Direito brasileiro passou por sensíveis transformações, desencadeadas por diversos movimentos sociais, consagrando os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos e entre estes e seus pais. Houve um abrandamento no rigor empregado, até então, ao instituto, ocasionando sua modificação e alcançando seu verdadeiro objetivo, que é o da proteção.

A Constituição Federal, no art. 226, § 5º, concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher, assegurando-lhes iguais direitos e deveres quanto à sociedade conjugal, outorgando a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.

De forma marcante, a Constituição também tratou das relações familiares, rompendo com a hegemonia do casamento como a única e legítima forma de constituição da família. Reconheceu também a multiplicidade familiar consubstanciada através da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ao que se denomina **família monoparental**. Assim, a definição de família, hodiernamente, ganhou novos contextos, sendo também legitimada pelo **princípio da afetividade** e não mais só pela herança biológica. Nesses moldes, a Constituição também equiparou todos os filhos, fossem eles havidos ou não do casamento, assegurando-lhes os mesmos direitos (GRISARD FILHO, 2010; DIAS, 2011, grifo nosso).

Segundo Lôbo (2008): “A consagração da força normativa dos princípios constitucionais representou um dos maiores avanços do Direito brasileiro após a Constituição Federal de 1988”. Dessa forma, para a composição da entidade familiar, a afetividade passou então a figurar como um dos princípios gerais, ao lado da liberdade, da igualdade e do melhor interesse da criança. Nesse sentido tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça³:

O STF, no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ e da Ação Direta de

³ MADALENO, Rolf. A afetividade como princípio jurídico consagrado no direito de família. REVISTA JURÍDICA CONSULEX. ano XVI, n. 378, pág. 24-27, out. 2012.

Inconstitucionalidade nº 4.277-DF (Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14.10.11), conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir do dispositivo legal todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Na mesma direção se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.183.378-RS (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.12), ao destacar serem múltiplos os *arranjos familiares*, não havendo como negar a proteção estatal a qualquer família, independentemente de orientação sexual dos seus partícipes, pois todas possuem os mesmos núcleos axiológicos da dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

Mediante tais ensinamentos, colhe-se que a dignidade humana e o afeto são princípios primordiais na construção dos vínculos familiares, pelos quais a Constituição Federal tutela a pluralidade familiar desmembrada da precedência biológica e consolidada na base psicológica do afeto e da dignidade.

Significativas mudanças também ocorreram com o advento da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que confirmou a igualdade entre os cônjuges para a regência dos interesses dos filhos e o princípio da proteção integral das crianças e adolescentes. Embora ela seja anterior ao Código Civil, constitui-se em um **microssistema**, com regras prevalentes, não sofrendo influências normativas nem contradição em relação ao Código Civil, havendo apenas derrogação do termo pátrio poder, que foi substituído por poder familiar (DIAS, 2011, grifo nosso).

Os deveres dos pais são ressaltados no Código Civil de forma limitada, afirmando que os filhos estarão sujeitos ao poder familiar enquanto menores (art. 1.630, CC). Em caso de morte de ambos os pais ou se estes forem desconhecidos, o menor ficará sob autoridade de um tutor. O Estatuto da Criança e do Adolescente é mais abrangente, ao admitir a colocação do menor em família substituta através dos institutos da guarda, tutela ou adoção, conforme preceitua seu art. 28.

Vislumbra-se no instituto do poder familiar um interesse social, traduzido em valores morais, educacionais, espirituais, psicológicos e principalmente afetivos, que se traduzem nos direitos e deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos apresentados pelo Código Civil, nos diferentes incisos do seu art. 1.634, dos quais se destacam a direção da criação e da educação, a obrigação de tê-los em sua companhia e guarda, bem como o direito de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.

Esses atributos do poder familiar também são afirmados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22, da seguinte forma: “Aos pais incumbe o

dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Assim, o instituto do poder familiar tem uma conotação jurídica que se traduz em um *múnus*⁴, um dever familiar imposto por lei aos pais, no sentido de exercer a autoridade parental no campo material e existencial, e de satisfazer outras necessidades dos filhos, especialmente de índole afetiva. O desvio em seu exercício poderá ocasionar a limitação, suspensão ou extinção desse *munus*, mediante decisão judicial (DIAS, 2011).

Segundo Grisard Filho (2010), a autonomia da família não é absoluta, sendo necessária, às vezes, a intervenção estatal de forma subsidiária, dando-se enfoque diverso à natureza jurídica do poder familiar que, tendo atributos de um encargo, ou seja: de um dever dado aos pais, é supervisionado pelo Estado, com a finalidade de evitar abusos no seu exercício.

Também há que se suscitar o enfoque dado ao poder familiar em face de terceiros e nas relações pai e filho. Quanto à postura dos pais em face de terceiros, Santos Neto (1994, p. 60) defende que “[...] cuida-se de um verdadeiro direito subjetivo, um atributo pessoal, uma faculdade de agir legitimado pelo texto legal, diante do caso concreto”.

O poder familiar se constitui num direito subjetivo dos pais nas relações externas. Quanto às relações pai-filho, o instituto revela-se como um conjunto de poderes-deveres, impostos pela norma jurídica, os quais deverão ser exercidos de forma altruística pelos pais, no interesse do integral desenvolvimento dos filhos. Desse conjunto de atribuições, duas categorias de relações se evidenciam: uma que trata da questão pessoal dos filhos menores, e outra que trata da questão patrimonial destes infantes. No entanto, nos deteremos na análise apenas da primeira evidência.

Por ser o poder familiar um encargo público dado aos pais, o Estado possui legitimidade para fiscalizar seu adimplemento, com poder de intervir através da suspensão ou mesmo exclusão de tal *múnus* em casos de descumprimento por um ou ambos os genitores, dos deveres decorrentes desse poder familiar que possa vir a prejudicar a criança ou o adolescente.

⁴ *Múnus*: encargo atribuído legalmente a alguém, por certas circunstâncias das quais não se pode fugir. *Múnus público*: encargo ou ônus, conferido pela lei e imposto pelo Estado aos cidadãos e aos membros de certas classes profissionais, em benefício coletivo ou no interesse da pátria ou da ordem social.

Suspendendo ou destituindo o poder familiar, estará o juiz aplicando ao genitor faltoso sanções por infração dos deveres não cumpridos. Sem embargo, não trata-se de punição, mas, sim, de preservação do interesse dos filhos, alertando para que tal medida só seja empreendida quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Caso haja a possibilidade de recomposição dos laços afetivos, dar-se-á preferência apenas à suspensão.

Cumprido ressaltar que, embora haja algum procedimento de perda ou suspensão do poder familiar decretado para um ou ambos os genitores, isso não implicará em cessação do direito de alimentar o filho menor, nem mesmo quando a criança ou adolescente for colocado em família substituta ou sob tutela, pois apenas a adoção é que fará cessar o encargo de alimentar, que são passados, juntamente com o poder familiar, ao adotante.

No que tange à **suspensão**, esta é medida menos grave, pois há possibilidade de ser **revista**. Quando as causas que a provocaram já estiverem superadas, poderá ela ser cancelada, atendendo aos interesses do menor em benefício da sua convivência familiar. Trata-se de medida **facultativa**, visto que o juiz poderá deixar de aplicá-la, se constatar que não houve **abuso de autoridade** por parte de um ou ambos os pais. A gravidade do caso concreto é que determinará a decisão judicial. (DIAS, 2011, grifo do autor).

Diferencia a doutrina a **extinção** da **perda** do poder familiar. Para tanto, é pertinente apresentar a conceituação realizada por Maria Berenice Dias, a seguir:

Perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a **extinção** ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. Assim, há impropriedade terminológica na lei que utiliza indistintamente as duas expressões. A perda do poder familiar é sanção de **maior alcance** e corresponde à infração de um dever mais relevante, sendo **medida imperativa**, e não facultativa (SANTOS, RODRIGUES, *apud* DIAS, 2011, p. 435, grifo do autor).

A perda do poder familiar será medida mais drástica. Ocorrerá nos casos em que o pai ou a mãe castigar o filho imoderadamente, abandoná-lo ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 1.638, CC). A medida poderá atingir um ou ambos os genitores. Sendo apenas um que tenha infringido o citado dispositivo legal, o poder familiar será repassado para o outro, que exercerá sozinho os direitos e obrigações sobre seu filho. Se não possuir condições para tanto, o juiz terá que nomear um tutor ao menor.

Quanto à extinção, sua previsão ocorre no art. 1.635 do Código Civil, isto é, quando houver morte dos pais ou do filho; em casos de emancipação, de maioridade, de adoção e, por decisão judicial, conforme art. 1.638 do CC.

2.2 Guarda e proteção dos filhos

O Instituto da Guarda é regulamentado em oportunidades distintas na legislação brasileira, mas preserva o mesmo sentido conceitual, que é o da efetivação do poder familiar, sempre se dando prevalência ao interesse do menor. Merece destaque a considerável definição apresentada por Guilherme Gonçalves Strenger, sobre o significado desse instituto:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever (STRENGER, 1998, p. 31).

Conceitualmente guarda é uma atribuição legal dada aos pais para que prestem ao menor toda assistência e proteção necessárias para seu desenvolvimento. Trata-se, pois, de um atributo do poder familiar, mas com este não se confunde, tendo em vista que o poder familiar é instituto utilizado na proteção dos filhos, enquanto que a guarda é um dos elementos utilizados para a sua efetivação.

O legislador atribui à guarda uma conotação de posse, Ana Carolina Silveira Akel observa que o termo é empregado de forma equivocada, pois, de acordo com o que preceitua o Código Civil (art. 1.196), “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Pelo exposto, associar à guarda o sentido de posse criará uma falsa ideia que desencadeará num conflito conceitual (AKEL, 2010).

As relações jurídicas, inseridas no direito de família, apresentam diferentes aspectos que regulam o relacionamento pessoal entre os cônjuges e seus ascendentes e descendentes; entre as relações patrimoniais do grupo familiar e entre as relações assistências. Para Grisard Filho (2010), a atuação do direito de família, em todas suas vertentes, não contemplou de forma sistemática a guarda, assim como fez com o poder familiar, a tutela e a curatela, se referindo à guarda

apenas como um dever comum dos genitores, em consequência do casamento, sendo ela apenas um atributo do poder familiar.

A previsão do instituto da guarda se dá no Código Civil, apresentando-se em dois momentos, sendo o primeiro estabelecido nos artigos 1.583 a 1.590, que trata da proteção da pessoa dos filhos. Nesse contexto, congrega com os princípios da proteção integral da criança, assegurado pela Constituição, e do melhor interesse do menor⁵, previsto na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). E, num segundo momento, de acordo com os artigos 1.611 e 1.612, quando tratar do reconhecimento de filho havido fora do casamento.⁶

O Código Civil de 1916 previa um casamento que não poderia dissolver-se, pois sua ruptura ensejaria uma situação legal punitiva, dando o direito de posse dos filhos menores ao cônjuge **inocente**. Assim, para a definição da guarda, haveria a necessidade de averiguar a culpa e identificar o culpado. Quanto aos filhos, estes seriam dados como forma de **recompensa** ao cônjuge inocente, cabendo ao outro (que dera causa à separação) a perda da guarda da prole, como punição. Se a culpa recaísse sobre os dois pais, os infantes poderiam ficar com a mãe, caso o juiz se convencesse de que isto não os traria nenhum prejuízo moral. No entanto, se a culpa fosse apenas da genitora, os filhos não poderiam ficar em sua companhia, independentemente de suas idades (DIAS, 2011, grifo do autor).

Igual entendimento se apresenta na Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a qual ressalta, em seu art. 10, que: “[...] os filhos menores ficarão com o cônjuge que à separação não houver dado causa”. Também prevê casos em que a separação judicial pode ser pedida por um dos cônjuges, quando sentir-se ofendido em sua honra ou por qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, a tal ponto que se torne insuportável a vida em comum. Assim, os filhos ficariam em poder do cônjuge, que os teria em sua companhia.

Contudo, a própria lei em comento ameniza tais consequências, ressaltando que, havendo motivos graves, o juiz poderá regular, de forma diferente, sobre qualquer das situações estabelecidas no referido diploma legal, decidindo de

⁵ Este princípio reconhece a criança e o adolescente como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

⁶ Art. 1.611, CC: O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1.612, CC: O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

acordo com o que for melhor para os filhos. Nesse contexto, verifica-se que a criança não tinha seus direitos priorizados, questionando-se apenas a postura dos genitores em relação ao casamento, configurando-se numa verdadeira ameaça, para um ou para ambos os pais, a possibilidade de uma separação.

Maria Berenice ressalta que a guarda era concebida apenas na modalidade unipessoal, já que a lei identificava quem ficava com os filhos, cabendo ao outro genitor apenas o regime de visitas. Tal entendimento dificultou a implementação da guarda compartilhada no Brasil, pois a Justiça resistia em homologar pedidos de guarda compartilhada sob o fundamento de não existir previsão legal para tal instituto (DIAS, 2011).

A Constituição Federal de 1988 prevê a guarda de forma implícita quando, em seu art. 226, § 5º, evidencia o princípio da igualdade, que assegura ao homem e à mulher isonomia nos direitos e deveres quanto à sociedade conjugal. Ademais, em seu art. 227, dá à criança a devida proteção como **prioridade absoluta**, o qual é confirmado pelo regramento do ECA, em seu art. 4º, que enfatiza ser esse o princípio basilar da legislação pátria, visto que transforma crianças e adolescentes em sujeitos de direito, passíveis de garantias e proteções constitucionais fundamentais

Ainda de acordo com a Constituição, em seu art. 229, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”. Porém, este dispositivo constitucional não foi regulamentado pelo novo Código Civil Brasileiro, sendo suprida tal falta legislativa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, este que, em seus arts. 22 e 33, previu a responsabilidade dos pais em relação à guarda.⁷

Destarte, o ECA também disciplina a guarda de filhos, mas o faz de forma diversa, sendo ela decorrente de abandono ou perda dos pais por morte. De acordo com previsão dos seus artigos 19 e 28, admitir-se-á a guarda quando não for possível ao menor ser criado no seio de sua família natural, ou seja: na **guarda comum**. Mediante esta impossibilidade, ao menor será dada uma **família substituta**, assegurando-lhe uma convivência familiar e comunitária (grifo nosso).

Importante se faz a transcrição dos artigos citados, *in verbis*:

⁷ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. [...]

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

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

Art. 28. A colocação em **família substituta** far-se-á mediante **guarda**, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei (grifo nosso).

Ocorrendo a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, trata-se isto de medida excepcional, pois a preferência é pela família natural, que é formada pelos pais ou qualquer deles e seus dependentes. No art. 28, o ECA reforça a cautela na colocação do menor em família substituta e, no art. 29, ele veda a medida dizendo que não será deferida para pessoa que revele incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça à criança ou adolescente um adequado ambiente familiar.

No que tange a essa **família substituta**, Maria Berenice a define como a possibilidade de se conferir a guarda a duas ou mais pessoas, podendo ser reconhecida como tal a **família homoafetiva**⁸ que, embora seja tema ainda cercado de muito preconceito, em que a Jurisprudência reconhece tal vínculo como mera sociedade de fato, começa a surgir no campo jurídico e sociológico uma nova postura que a reconheça como entidade familiar, cujas ações tramitam na Vara de Família. Nessa linha de raciocínio, caberá a concessão da guarda ao companheiro do genitor, ficando ela inclusa no processo de adoção (DIAS, 2011, grifo do autor).

Ainda com previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, visualiza-se o instituto da guarda nos seus artigos 33 a 35, onde se definem suas especificações ao afirmar que “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (art. 33). Ela poderá ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção,⁹ sendo possível, no entanto, de forma excepcional, ser concedida fora desses casos, quando houver situações peculiares ou necessitar suprir a falta dos pais ou responsável (art. 33, § 2º).

Assim, temos que a guarda gera a condição de dependência para todos os efeitos de direito, inclusive previdenciários (ECA, 33, § 3º), mas não irá gerar efeitos sucessórios, não concorrendo o ‘guardado’ à sucessão hereditária do

⁸ Família Homoafetiva: entidade familiar formada por duas pessoas do mesmo sexo.

⁹ Exceto nos casos de adoção feita por estrangeiros, por ser juridicamente impossível, conf. art. 33, § 1º, ECA.

guardião. Desta forma, o seu falecimento deixará o menor em total desamparo”. Mediante essas especificidades do instituto da guarda, a autora em comento questiona se a fragilidade desse vínculo atende ao melhor interesse da criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta que o deferimento da guarda a terceiros não impede os pais de exercerem seu direito de visitas e nem o dever de prestar-lhes alimentos, quando houver regulamentação de pedido nesse sentido, seja do interessado, seja do Ministério Público (art. 33, § 4º).

Para a criança ou adolescente que não tenha convívio familiar, o poder público estimulará sua guarda, dando assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios a instituição de acolhimento (art. 34, §§ 1º e 2º, ECA).

Logo, essa situação de acolhimento familiar, estimulada pelo Estado, tenderá a se perpetuar no tempo, devido à falta de previsão na lei, quanto a sua vigência e quanto ao procedimento para sua regularização, tomando a guarda, nesse contexto, o caráter de definitividade. Contudo, ressalta a doutrinadora que, nessas condições, a situação do menor será instável, não se coadunando com os princípios atuais que privilegiam a consolidação dos vínculos afetivos.

Cumprido ressaltar que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, desde que fundamentada em ato judicial e após a oitiva do Ministério Público (art. 35, ECA). Tal critério confere à guarda um caráter precário e provisório.

A guarda de filhos pressupõe uma situação de separação dos cônjuges, mas não a cisão dos vínculos parentais, pois estes persistirão, não sendo em nada afetados. O que há que ser feito é a definição da guarda, mesmo havendo consenso na separação, divórcio ou dissolução de união estável. Outrossim, muitas questões giram em torno da disputa da guarda. Por isso, é indispensável a realização de avaliações com equipes interdisciplinares que possam analisar qual decisão será a mais acertada, sempre visando a proteção e interesses da criança.

A conduta dos genitores tem de ser idônea, respeitando-se a ordem e a moral familiar, pois, em contrário, se agirem com comportamento reprovável, imoral ou ilícito, o juiz deverá limitar suas relações familiares para com seus filhos, para que a formação desse menor, que ainda está sendo construída, não seja maculada. Nesse sentido é o entendimento de Grisard Filho (2010, p. 83-84) que aduz: “A conduta irregular dos genitores tem sido objeto de frequente análise pela jurisprudência, consoante a visão mais ou menos profunda da questão fática”.

Adverte ainda o renomado jurista que o cerne da questão da guarda reside na observância do melhor interesse do menor, ou seja: do seu bem-estar e não nas conveniências ou preferências sexuais de seus pais, pois, muitos julgados decidiram ser contrário à ordem e à moral o pedido de guarda feito por homossexuais, ocasionando a negativa do pedido sem ao menos analisar aspectos definidores dessa sexualidade.

No entanto, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois, ao acolher o testemunho de um homossexual em processo penal, o Ministro Relator, Luiz Vicente Cernichiaro, alertou que “o homossexual não pode sofrer restrições, merecendo sua palavra o mesmo crédito do heterossexual”. São palavras do ilustre Ministro Relator: “Só assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose da Costa Rica”.¹⁰

Dessa forma, a pluralidade familiar reclama uma legislação mais flexível e acolhedora, sem discriminar preferências sexuais, situação financeira e outros aspectos de menor relevância, em contraposição ao valor afetivo.

2.3 Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira

O instituto da guarda tem percorrido um caminho extenso no Ordenamento jurídico brasileiro, sendo conceituado diversamente pela vasta doutrina, devido à multiplicidade de fatores a serem apreciados em seu conteúdo. Assim, torna-se difícil conceituar tal instituto de forma unívoca.

Nesse contexto histórico, a prevalência pelo interesse do menor sempre se tem feito presente nas discussões acerca do instituto da guarda, que há muito vem sendo matéria de grande importância para o direito positivo brasileiro e para as questões de ordem sociológica conquistadas ao longo do tempo.

Segundo Grisard Filho (2010, p. 58): “O tema da guarda mereceu relevância em duas hipóteses distintas e sujeitas, cada qual, a um ordenamento jurídico peculiar: na dissolução da sociedade conjugal, ou de qualquer outra forma de união, e no Estatuto da Criança e do Adolescente”. Para tanto, será desenvolvido um resumo cronológico das legislações que englobam o instituto da guarda.

¹⁰ STJ, 6ª T. REsp 1997/0081208-1 (DF), rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, j. 26.05.1998. RT, v. 763, p. 536-540.

Nesse sentido, cabe expor-se que a Legislação pátria, atinente à dissolução da sociedade conjugal, com repercussão na guarda de menores, tem como primeiro diploma legal o Decreto nº 181/1890, que em seu artigo 90 estabelecia: “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”. Depois, a Codificação Civil de 1916 regulou a dissolução da sociedade conjugal e a proteção da pessoa dos filhos, fazendo distinção das formas de separação amigável e judicial, ressaltando que deveria ser observado o acordo entre os cônjuges quanto à guarda dos menores para os casos de separação amigável e, sendo ela litigiosa, ser aferida a culpa dos cônjuges na dissolução da sociedade conjugal, considerando a idade e o sexo dos filhos.

Em 1941, o Decreto-Lei nº 3.200 disciplinou a guarda de filhos naturais, determinando, em seu artigo 16, que o filho ficaria com o genitor que o reconhecesse e, se ambos o fizessem, ficaria então sob o poder do pai, com exceção dos casos em que o juiz entendesse de forma diversa, em consideração ao interesse do menor (AKEL, 2010, p. 77).

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 9.701/46 regulou a guarda de filhos nos casos de desquite judicial, quando os filhos não seriam entregues aos pais, mas, sim, a pessoa idônea da família do cônjuge inocente, assegurando ao pai o direito de visitas.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) alterou dispositivos do desquite litigioso no tocante a guarda dos filhos, não dispondo sobre o desquite consensual. A alteração se deu quanto à separação litigiosa, prevendo que, havendo cônjuge inocente, a este caberia a guarda. E se os dois fossem culpados, os filhos menores ficariam com a mãe, independentemente de suas idades, salvo disposição contrária do juiz. Na improcedência da guarda dos filhos menores por ambos os pais o juiz poderia conferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando aos genitores o direito de visitas (AKEL, 2010; GRISARD FILHO, 2010).

A Lei nº 5.582/70 alterou o antigo Decreto-Lei nº 3.200/41, acrescentando parágrafos em seu artigo 16, dispondo sobre o reconhecimento de filho natural por ambos os genitores, caso em que o menor deveria ficar na companhia materna, exceto se de tal solução adviesse prejuízo ao menor. Previu, também, a

possibilidade de colocação dos filhos menores sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores, possibilitando ao juiz decidir de forma diversa, de acordo com o interesse do menor.

As regulamentações sobre a guarda perduraram até o advento da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), que instituiu o divórcio no Brasil e regulamentou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Atestava que, em caso de dissolução consensual, caberia aos cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos e, na litigiosa, o destino dos filhos menores ficaria adstrito às peculiaridades das espécies de dissoluções existentes, quais sejam: a) divórcio sanção¹¹ - os filhos ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à dissolução; b) divórcio falência¹² - os filhos ficariam com o cônjuge em cuja companhia estavam quando da ruptura da vida em comum; c) divórcio remédio¹³ - os filhos ficariam com o cônjuge que tivesse melhores condições de assumir a responsabilidade de sua guarda e educação.

Segundo a referida lei, caso ambos os cônjuges fossem os responsáveis pela separação litigiosa, os filhos menores ficariam com a mãe, sem considerar os fatores sexo ou idade do menor. Porém, se o juiz se convencesse de que os filhos não deveriam permanecer nem com o pai, nem com a mãe, poderia deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges. Conferiu, também, ao juiz, o poder de afastar as regras ordinárias sobre a guarda, regulando de maneira diversa, quando entendesse ser melhor para o bem-estar do menor (AKEL, 2010; GRISARD FILHO, 2010).

Desta forma, a Lei do Divórcio não alterou a orientação do Código Civil de 1916, repetindo virtualmente seus dispositivos. Assim, permaneceu o espírito da codificação, preservando o princípio do melhor interesse do menor.

A Constituição Federal de 1988 foi de fundamental importância no aprimoramento do instituto da guarda dos filhos menores, quando deu tratamento isonômico aos pais, quanto aos direitos e deveres familiares (art. 226, § 5º); quando deu prioridade absoluta ao menor no direito [...] à convivência familiar e comunitária

¹¹ Divórcio Sanção – quando há conduta que caracterize desonra ou grave violação dos direitos matrimoniais.

¹² Divórcio Falência – quando há separação de fato por mais de dois anos, conforme art. 1.580, § 2º, CC.

¹³ Divórcio Remédio – quando um dos cônjuges fica acometido de doença grave, tornando inviável a vida a dois.

(art. 227); e quando dispôs que os pais têm o dever de dar assistência e educação aos filhos menores (art. 229).

A Carta Magna também influenciou a promulgação da Lei nº 8.069/90, que cuida da guarda do menor que se encontra em visível estado de abandono ou de orfandade, voltando-se para os casos de tutela e adoção. O Estatuto enfatizou a prioridade da manutenção do menor no seio de sua família natural, sendo ele colocado em família substituta somente nos casos em que for impossível a convivência com os parentes biológicos e que atenda às prescrições legais (AKEL, 2010).

No ano de 2002 entrou em vigor o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) que, segundo Akel (2010, p. 78), “aplicou os preceitos constitucionais e obedeceu ao disposto no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança,¹⁴ consagrando o princípio da proteção integral do menor”. Para tanto, o novo Código Civil teve que se adequar às alterações implementadas em seus artigos 1.583 e 1.584 pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Nesse sentido são pertinentes as palavras de Silvio Rodrigues (2004, p. 273):

O novo Código Civil manteve capítulo destinado à proteção da pessoa dos filhos, como específico àquelas situações decorrentes da dissolução do casamento. Reproduz praticamente o conteúdo das disposições vigentes, considerando que muitas daquelas constantes da redação apresentada na Lei do Divórcio foram revogadas ou merecem nova leitura diante da igualdade constitucional entre o marido e a mulher, e da necessidade de preservação, em primeiro lugar, do melhor interesse dos menores”.

Sob esse fundamento, o Código Civil de 2002 regulou a guarda dos filhos menores ou maiores incapazes em casos de separação ou divórcio dos genitores, abandonando os critérios da culpa e da prevalência materna, conferindo-a à quem melhores condições demonstrar para exercê-la, prevalecendo o interesse do menor (GRISARD FILHO, 2010).

Do exposto, aduz-se que a guarda será regulamentada em situações distintas e por diferentes disciplinas, indo além da posse e dos direitos dos pais, resultando no comprometimento mútuo da família, da sociedade e do Estado, no intuito de fazer valer os direitos e garantias dispensados às crianças e adolescentes. Esse comprometimento se resume na função social da guarda.

¹⁴ “A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei, em outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando a este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.”

Apesar de toda a evolução legislativa, dispensada ao instituto da guarda, ainda não se eliminaram, por completo, as controvérsias existentes entre os genitores, no que tange à guarda e ao direito de visitas, sendo motivos de contendas nas Varas de Família do País, exigindo dos julgadores extraordinária habilidade e conhecimentos que se sobressaem da área jurídica, necessitando de orientação por técnico-profissional ou por equipe interdisciplinar.

No intuito de dar ao caso concreto a solução mais justa possível, será necessária a análise apurada da situação para que se definir o modelo de guarda mais apropriado, ponderando-se, especialmente, a situação da criança ou adolescente que esteja envolto nessa disputa.

2.3.1 Modelos de guarda previstos no Código Civil Brasileiro

Os direitos e deveres estabelecidos nas relações parentais são comuns a ambos os genitores, de forma igualitária, não sendo alterados por dissolução da sociedade conjugal. A partir dos litígios ocasionados pela ruptura do relacionamento dos pais, surgiu a necessidade de definição da guarda dos filhos menores.

A guarda dos filhos menores ou maiores incapazes, quando oriunda de processo de separação ou divórcio dos pais, geralmente era deferida a apenas um dos genitores, cabendo ao outro apenas o direito de visitas. Contudo, as grandes mudanças sociais têm gerado novas modalidades de organização familiar, exigindo alterações no instituto da guarda, no sentido de melhor equilibrar o relacionamento entre pais e filhos após um processo de separação do casal, de forma que o carinho, o afeto e o acompanhamento psicológico, educacional e mesmo econômico, até então dispensado aos filhos, tenham continuidade.

O contexto do instituto da guarda e a opinião da doutrinadora Maria Berenice Dias evidenciam que “o critério norteador na definição da guarda é a **vontade dos genitores**”, visto que ela é realizada de forma conjunta por estes, individualizando-se apenas quando for resultante de processo de separação de fato ou de direito. Também, quando estes reconheceram filho que com eles não residir sob o mesmo teto e não conseguiram acordar sobre sua guarda, caso em que o juiz decidirá em defesa do melhor interesse do menor (DIAS, 2011, p. 442, grifo do autor).

O deferimento da guarda nem sempre se dará a pessoa da própria família do menor, podendo ser deferida a outra, embora a lei dê preferência a membro da família que tenha com o menor uma relação de afinidade e afetividade, conforme prevê o art. 1.584, § 5º, CC. No que tange à visitação dos filhos pelo genitor não guardião, prevalece o que for acordado pelos pais, entendimento dado pelo art. 1.589 do Código Civil.

Importante ressalva se faz quanto à definição da guarda e da visitação feita pelos pais, atentando-se para o fato de que o acordo dependerá da **chancela judicial**, que só ocorrerá quando o Ministério Público for ouvido. Caso o juiz entenda que o acordo não atenderá aos interesses do filho, ele deverá determinar a guarda compartilhada, por ser esta a melhor maneira de estipular aos pais seus deveres para com seus filhos de forma igualitária e de garantir à sua prole uma assistência e convivência sem ter que abrir mão de seus genitores (grifo nosso).

A Doutrina elenca, em oportunidades distintas, diversas modalidades de guarda. No entanto, serão abordados no presente trabalho, de forma sucinta, apenas os modelos previstos no Código Civil de 2002, quais sejam: a guarda unilateral e a guarda compartilhada, no intuito de manter uma linha de raciocínio direcionada para a verdadeira finalidade a que se propõe este trabalho. Mais adiante, em capítulo próprio, será mais bem discorrido o tema que trata do instituto da guarda compartilhada, por compor, juntamente com a alienação parental, a temática principal desse trabalho.

2.3.1.1 Modelo exclusivo

Atende a esse modelo a guarda denominada de **unilateral**, também conhecida como guarda única, uniparental ou exclusiva. Consiste na guarda atribuída a apenas um dos genitores ou a outra pessoa a quem o juiz tenha deferido a guarda, pois de acordo com o art. 1.584, § 5º, do Código Civil, o juiz poderá deferir a guarda do menor à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, dando preferência aos parentes e às relações de afinidade e afetividade (grifo nosso).

Dizer que um dos genitores detém sobre seu filho a guarda única, significa que tal guardião possui a atribuição da **guarda física**, pela proximidade diária com o filho, e da **guarda jurídica**, por ser quem decide as questões relativas

ao menor. Ressalta Silva (2012) que “Nesse sentido sempre preponderou a guarda instituída à mãe [...]” (grifo do autor).

Essa sistemática atribuição da guarda única à figura materna, somada aos efeitos negativos das visitas periódicas que, de forma gradual, propiciava o afastamento entre pais e filhos, geraram distorções na aplicação desse instituto, induzindo os juristas à pensarem outro meio que garantisse o exercício da parentalidade de forma justa, o que levou, mais tarde, à instituição da guarda no modelo compartilhado.

Uma vez registrado o filho no nome de apenas um dos genitores, passará este a exercer a guarda unilateral, constituindo uma família do tipo **monoparental**, o qual exercerá de forma exclusiva a autoridade parental (grifo nosso).

Na atribuição da guarda à apenas um dos genitores, terá prevalência o que revele melhores condições para exercê-la, conforme textualiza o art. 1.583, § 3º, do Código Civil. No entanto, Silva (2012, p. 47) atenta para o fato de que o referido dispositivo não pode ser aplicado sob a ótica da capacidade econômica dos genitores, “pelo perigo de se beneficiar o pai ou a mãe em melhor condição financeira, em detrimento do outro, mais pobre”, mas, sim, pela capacidade de manutenção e educação dos filhos bem como psicológica e afetiva.

Quanto ao genitor não guardião, terá ele o direito de visitar seus filhos e de tê-los em sua companhia, bem como de supervisionar-lhe os interesses e de fiscalizar sua educação e manutenção. Assim, o fato de não exercer a guarda não significa ter ele perdido o poder familiar.

Embora a lei preveja tal modalidade de guarda, a preferência será dada à nova espécie, a compartilhada, por atender melhor aos interesses do menor. Isso se consubstancia no texto do art. 1.584, § 1º, do CC, quando o juiz, na audiência de conciliação, informa aos pais o significado e importância da guarda compartilhada. E ainda, conforme o § 2º, do referido artigo, que defere a guarda compartilhada de forma residual, na ausência de acordo entre os pais.

Mediante as transformações sociais e familiares, a guarda paterna começou a manifestar-se, embora de forma lenta, mas fazendo surgir, no ordenamento familiar brasileiro, a necessidade de novas alternativas para a implementação da guarda de filho menor.

O deferimento da guarda unilateral requer, primeiramente, a verificação de existência ou não de acordo entre os genitores e, na falta deste, é deferida

decisão judicial, na qual geralmente o juiz impõe a guarda compartilhada. Uma vez deferida a guarda unilateral, o guardião exercerá a posse sobre o filho, e o genitor não guardião exercerá o direito de visitas,¹⁵ também definido de forma consensual ou judicial, cabendo-lhe, ainda, supervisionar os interesses do filho.

O Código Civil, em seus arts. 1.611 e 1.612, dá um tratamento ainda arcaico à guarda quando a genitora é casada com outra pessoa que não o pai, caso em que o filho não poderá residir no mesmo lar em que sua mãe habita com o cônjuge, sem o consentimento deste.¹⁶ No entanto, é unânime a defesa doutrinária no sentido de rechaçar tal dispositivo **inconstitucional**, por seu teor discriminatório, visto que a Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 227, de forma prioritária, a convivência familiar (grifo nosso).

Assim, de acordo com Dias (2011), o que deverá prevalecer, será o melhor interesse do menor, não devendo haver qualquer impedimento ao genitor reconhecente quanto à guarda do seu filho, restando descabido o condicionamento ao consentimento de seu consorte.

Considerável parte da doutrina defende que a guarda unilateral apresenta problemas que resultam num afastamento, de forma gradual, do pai não guardião do seu filho, diante da determinação das visitas com datas e horários pré-definidos. Os encontros e as separações ocasionados pelas visitas causarão certa angústia e ansiedade, tanto para o genitor não guardião quanto para o filho. No entanto, essa criança ou adolescente é quem mais será atingido.

O resultado de tudo isso se traduzirá num lento e contínuo afastamento do não guardião, que se desmotiva com tal situação. Corroborando tal entendimento, Leite (2003, p. 260) evidencia que: “[...] muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente

¹⁵ CC, Art. 1.589: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A Lei nº 11.698/08 permite que o regime de visitas seja sugerido pelos pais no sentido de ajustarem os encontros entre o genitor não guardião e seus filhos. Caso isso não seja possível, o próprio magistrado deverá estabelecer os detalhes das visitas, devendo, para tanto, contar com o auxílio de equipe multidisciplinar formada por técnicos de outras áreas do conhecimento, visando uma decisão o mais justa possível para todos os envolvidos no processo.

¹⁶ Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

estabelecidas, acabam se desinteressando pelos filhos e ‘abandonam’ a guarda, deixando-a integralmente sobre os cuidados da mãe”.

Outro grave problema ocorrerá quando o guardião, por motivos de vingança, dificultar os encontros entre o genitor não guardião e o filho, associando a isso, muitas vezes, a transmissão de falsas ideias sobre seu ex-consorte, deturpando sua imagem perante o filho. Este comportamento é denominado de **alienação parental**, que será explicitado mais adiante, em capítulo próprio, através de seus aspectos conceituais e jurídicos (grifo nosso).

Nos dias atuais, percebemos que os próprios pais, já separados, contestam esse modelo de guarda e procuram novas formas de poderem participar mais ativamente da vida de seus filhos, mantendo com estes um relacionamento de maior companheirismo e afeto, pois isto se traduzirá numa necessidade premente de toda criança e adolescente para poderem desenvolver-se social e psicologicamente de forma equilibrada.

2.3.1.2 Modelo conjunto

No modelo de guarda conjunta, compartilhada ou jurídica, evidencia-se, como o próprio nome diz, na responsabilização conjunta e no exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, que não mais convivam, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, conforme art. 1.584, § 1º, do Código Civil. Trata-se de um novo modelo de guarda legalmente instituído pela Lei nº 11.698/08.

Nesta lei, temos que a guarda poderá ser requerida por ambos os genitores, quando houver um consenso, ou por qualquer deles, em ação autônoma ou em medida cautelar (art. 1.584, I, CC). Também poderá ser decretada pelo juiz, atendendo às necessidades do filho ou do tempo necessário ao convívio dele com seus pais (art. 1.584, II, CC).

Como pressuposto legal, o juiz tem o dever de informar aos pais o significado da guarda compartilhada, sua importância, suas atribuições e sanções quando houver alteração ou descumprimento de alguma cláusula de forma imotivada, o que resultará na redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor (art. 1.584, II, §§ 1º e 4º). Caso o juiz entenda que o filho não deva permanecer sob a guarda de qualquer dos pais, ele a deferirá a alguém que revelar compatibilidade

com a natureza da medida, dando preferência a quem tenha com o menor, grau de parentesco e relações de afinidade e afetividade (art. 1.584, II, § 5º).

A grande diferença da guarda compartilhada em relação à guarda unilateral é que, nessa nova modalidade, não haverá a distinção entre o genitor guardião e o não guardião, visto que a medida visa adequar o contato do filho com ambos os pais e de forma constante, para que haja maior aproximação física e afetiva entre ambos.

Enquanto a guarda unilateral privilegia apenas um dos genitores, concedendo a este a guarda material e jurídica, na nova modalidade a guarda jurídica é comum aos pais, os quais atuarão conjuntamente em todas as decisões relevantes à vida do filho. Por conseguinte, a guarda física ou material compreende os acordos quanto às visitas e acesso.

O psicanalista Sérgio Eduardo Nick, por sua vez, faz a seguinte formulação:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.

A guarda compartilhada valoriza a convivência do filho menor com seus pais. Desta forma, embora separados, se unem para exercer a autoridade parental em comum do seu filho, bem como para participar, de forma ativa, nas decisões e momentos importantes, exercendo plenamente o poder familiar.

Enfim, a modalidade de guarda na forma compartilhada se propõe a preservar a entidade parental e a responsabilidade mútua, entre os genitores, para garantirem a seus filhos um ambiente familiar sadio e harmonioso, que proporcione a estes um pleno desenvolvimento humano.

3 GUARDA COMPARTILHADA

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, regulamentou o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio, apresentando sua conceituação no próprio dispositivo. Cite-se o art. 1.583, § 1º, como sendo “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”.

Cumprе ressaltar a conceituação sobre o instituto da guarda, dada por Denise Maria Perissini da Silva que assim o define:

[...] é o meio pelo qual os pais separados, divorciados ou com dissolução de união estável realizada, permanecem com as obrigações e os deveres na educação dos filhos e nos cuidados necessários ao desenvolvimento deles em todas as áreas, tais como emocional, psicológica, entre outras (SILVA, 2011, p. 1).

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de ser criado um instituto que atendesse, de forma mais justa, a todas as formas de entidade familiar, garantindo o melhor interesse do menor e oportunizando aos pais maior participação na vida de seus filhos. Também para suprir as deficiências da guarda unilateral.

O modelo de guarda na forma compartilhada, mesmo antes da promulgação da Lei nº 11.698/08, já era admitido por alguns juízes e aplaudido por boa parte da doutrina, em vista da existência das disposições constitucionais em relação aos princípios da isonomia entre os genitores e da prevalência das garantias ao interesse do menor.

O instituto em comento revela-se como um conjunto de prerrogativas inerentes aos pais em relação a seus filhos, no intuito de melhor desempenharem suas atribuições parentais, e não se limitando à mera noção de guarda. É pertinente transcrever-se o entendimento de Ana Carolina Silveira Akel a esse respeito:

A guarda compartilhada privilegia e envolve, de forma igualitária, ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda uniparental (AKEL, 2010, p. 107).

Visualiza-se, nas palavras da autora, que na guarda compartilhada ou conjunta não haverá um único detentor da guarda decidindo de forma autoritária sobre o destino dos filhos.

Nesse sentido, também, explicita a autora Denise Perissini, ao afirmar que “A detenção da guarda não imprime privilégio nem define, por exemplo, que um dos

pais seja melhor que o outro ou ame mais seus filhos”]; também ressalta a importância da presença do pai e da mãe na vida do filho, e do papel de cada um nesse processo, ao que dispõe a seguir:

A presença de ambos os genitores deve ser contínua, mesmo no caso do genitor que não detém a guarda, pois o contato afetivo da criança com eles favorecerá a introjeção das *imagos* ou imagens parentais internas, com base nas quais se definem os papéis de cada um dos genitores, estabelecendo vínculos triangulares que serão absorvidos internamente e farão parte da estrutura psicológica da criança; para os genitores, o convívio trará a sensibilidade para perceber o desenvolvimento e as mudanças da criança, permitindo adquirir sensibilidade para adaptarem-se às necessidades de acordo com as fases da relação (SILVA, 2012, p. 8).

Percebe-se, pois, que uma convivência pacífica e harmoniosa será necessária para a preservação dos vínculos afetivos e psicológicos da criança ou adolescente com ambos os pais. Esse ambiente sadio possibilitará à criança formar sua própria opinião a respeito dos genitores. Segue esse raciocínio, o magistrado Ronaldo Martins, em um de seus pareceres:

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, e o fato de viverem estes separados não pode retirar da criança esse direito, como fazem alguns, causando-lhes traumas, sofrimentos e angústias pela espera e pela incerteza da companhia daquele que é o responsável por sua existência em um certo fim de semana – que pode não acontecer, eventualmente, em razão de um compromisso profissional urgente e inesperado, de um médico, dentista ou advogado que necessitou atender a um cliente no horário da ‘visita’. [...] O convívio do filho com o pai ou a mãe que não tem sua custódia não pode ser denominado de visita e não pode ser esporádico como é adotando-se o sistema padrão. [...] Entendo que, mesmo separados, os pais devem permanecer unidos quanto aos interesses dos filhos, exercendo em conjunto o poder familiar.¹⁷

Esse entendimento corrobora o sentido de que será possível haver a separação dos pais, sem que seja afetada a relação entre estes e sua prole, visto que tais sentimentos não são transitórios como o amor e a paixão entre um casal. Assim, independe a situação conjugal dos genitores, importando apenas a união entre pais e filhos, de forma contínua, pois, quando os pais não conseguirem chegar a um entendimento, nenhum sistema de guarda atenderá à situação concreta.

Sem embargo, o ponto crucial da estabilidade emocional das crianças está no nível de entendimento de seus pais, estejam eles separados ou não.

Cumprе ressaltar que, mesmo em casos de desunião dos genitores, seja por problemas pessoais, seja afetivos ou patrimoniais, se tais controvérsias não se

¹⁷ Ronaldo Martins (Juiz da 1ª Vara da Família do Rio de Janeiro), *Parecer sobre guarda de filhos de pais separados*. Disponível em: <http://www.apasepr.com.br/parecer.asp>. Acesso em: 01 out. 2014.

refletirem nos filhos, em nada atingindo o relacionamento destes com seus pais, caberá, sempre que possível, a aplicação do instituto da guarda compartilhada, visto ser ela possível tanto para casos consensuais como litigiosos (art. 1.584, II, § 2º).

Segundo a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta, “O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar” (MOTTA, *apud* DIAS, 2011, p. 443). Assim, a guarda compartilhada integra o complexo de direitos e deveres atribuídos aos pais, no exercício do poder familiar, visando-se, sempre, a garantia do interesse do menor. Logo, revela-se possuidora de fundamentos constitucionais e psicológicos, sendo ela a regra em termos de guarda.

3.1 Possibilidade jurídica da Lei nº 11.698/2008

Antes da promulgação da Lei nº 11.698/08, havia forte resistência à guarda compartilhada por parte de magistrados e membros do Ministério Público. Nos casos em que houvesse litígio na separação ou divórcio, nem se mencionava a possibilidade da aplicação da medida, mesmo que houvesse acordo entre os pais quanto à divisão das responsabilidades e obrigações para com seus filhos, ainda assim os juízes indeferiam a proposta sem ao menos ponderar os argumentos apresentados pelos requerentes. A justificativa para tal posicionamento era a falta de legislação própria do instituto, pois, não existia ainda norma expressa que autorizasse a aplicação dessa modalidade de guarda.

Mesmo com tamanha intransigência judicial, a guarda compartilhada já se apresentava como um modelo possível e viável para a realidade brasileira, evidenciando sua licitude em conformidade com o texto da Constituição Federal de 1988, a qual prevê, em seu art. 5º, a igualdade entre homens e mulheres, de forma absoluta, e, no art. 226, § 5º, atribui essa mesma igualdade na convergência dos direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal. Mais adiante, em seu art. 227, dá à criança a proteção como prioridade absoluta. Complementarmente, confere a ambos os pais o dever de assistência, criação e educação dos filhos menores, conforme explicitado em seu art. 229.

Outras leis infraconstitucionais atestam, em alguns de seus dispositivos, a licitude da guarda compartilhada. Assim o faz a Lei nº 8.060/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que repetiu, em seu art. 4º, o mesmo regramento do art. 227, da

Constituição Federal. Em seu art. 6º, atribui à criança e ao adolescente a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e, no art. 16, atenta para o direito desses menores em “participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação”. Já em seu art. 22, preceitua que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

A Lei nº 6.515/77, que trata do divórcio, também apresenta disposições que autorizam o compartilhamento da guarda, assim aduzindo que: “No caso da dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” (art. 9º). Apresenta, ainda, a seguinte ressalva: “o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos” (art. 27). Merece, também, destaque o art. 13, que dá ao juiz a faculdade de deliberar sobre a guarda da forma que julgar mais benéfica aos filhos, inclusive determinando a utilização da guarda compartilhada.

A Lei 9.278/96¹⁸, por sua vez, expressa em seu art. 2º que a guarda, o sustento e a educação dos filhos constituem-se em deveres comuns a ambos os pais. Por sua vez a Lei nº 6.515/77, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, do art. 9º ao 16, estabelece regras para a atribuição da guarda de filhos.

Dessa forma, embora não houvesse no Brasil uma legislação específica para o instituto, também não se evidenciava nenhum diploma legal que a impossibilitasse. No entanto, já havia modesta contribuição jurisprudencial e doutrinária atestando este como o único meio de igualar a atuação dos genitores na criação dos filhos, respeitando os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. O meio jurídico começa, então, a visualizar um sistema de guarda que atenda a todos esses preceitos legais, de forma expressa e específica.

No intuito de contribuir para o deslinde desse contexto jurídico que começava a ser aceito pela Doutrina e Jurisprudência, Grisard Filho (2010, p. 163) assim informou:

[...] em 1986 o então juiz de direito e depois desembargador do TJRS, Sérgio Gischkow Pereira, fez publicar o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada, ou conjunta, em nosso direito, anotando que, naquela década, o modelo começara a ser pesquisado no Rio Grande do Sul “sob o prisma jurídico e psiquiátrico”,

¹⁸ Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

envolvendo profissionais do direito, da educação, da medicina, da sociologia etc.

À guarda compartilhada foi sendo dispensado trato normativo de forma peculiar, no sentido de afirmar sua licitude e possibilidade jurídica de existir como sendo o meio mais eficiente na solução dos casos práticos de separação conjugal, preservando a autoridade parental de ambos os pais e o bom relacionamento entre estes e seus filhos, atendendo aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse do menor.

O Código Civil de 2002 apresentava-se ainda com lacunas legislativas quanto à previsão desse modelo de guarda, na forma compartilhada, sofrendo alterações em 2008, dos seus artigos 1.583 e 1.584, incluídas pela Lei nº 11.698/08.

Segundo informações fornecidas por Grisard Filho (2010, p. 190) foram expedidos dois enunciados pelo Conselho de Justiça Federal, os quais explicitavam que “sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda de filhos’, à luz do art. 1.583 [antes da alteração promovida pela Lei 11.698/2008], pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança” (Enunciado 101) e que “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar” (Enunciado 335). Afirma o autor que tais enunciados contribuiriam “efetivamente para a verdadeira apreensão do instituto”.

Devido à necessidade de ver efetivados os dispositivos acima mencionados, foram realizados no Brasil vários manifestos, liderados por pais e mães separados, visando à regulamentação de um modelo de guarda que propiciasse um relacionamento mais harmônico entre pais e filhos, dando igualdade de condições aos genitores quanto às responsabilidades e obrigações para com seus filhos. Essa necessidade de efetivação jurídica somada às constantes mudanças sociais e alteração dos padrões familiares, provocaram a criação de um projeto de lei que instituísse a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Waldyr Grisard Filho apresenta um resumo do trâmite legal da criação do Projeto de Lei para instituir a Lei da Guarda Compartilhada, relatando que o então Deputado Tilden Santiago apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.350/2002, pleiteando a alteração dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil,

objetivando instituir a guarda compartilhada, apresentando a seguinte justificativa: “a guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais”. Diz ainda que “o equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família”¹⁹ (GRISARD FILHO, 2010, p. 191-192).

Ainda segundo esse autor, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto, mas nos termos do Substitutivo oferecido pelo Senador Demóstenes Torres. A Relatora da matéria, a Deputada Cida Diogo, manifestou-se a favor da aprovação, reconhecendo como significativo avanço e aperfeiçoamento do direito de família, ao tratar não só da guarda compartilhada como também da unilateral. O Parecer apresentado pela Deputada traz a seguinte observação: “o Substitutivo do Senado Federal é a opção que mais bem atende aos ditames constitucionais de proteção integral a crianças e adolescentes, no interesse da família brasileira”.

No dia 13 de junho de 2008 o Projeto foi sancionado pelo Presidente da República, tendo seu texto publicado no dia 16 de junho de 2008, convertendo-se na Lei nº 11.698 com a seguinte ementa: “Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada”. Em exatos 60 (sessenta) dias após sua publicação, a lei entrou em vigor,²⁰ atendendo à *vacatio legis* prevista no seu art. 2º (GRISARD FILHO, 2010, p. 191).

A regulamentação da matéria ocorre através de poucos dispositivos: “de maneira geral, revelam-se incensuráveis, dado o alinhamento do direito brasileiro ao primado do melhor interesse do menor, prevalente no direito moderno” (PEREIRA, 1986 *apud* GRISARD FILHO, 2010, p. 164). Como se constata, clara e objetivamente.

Visando uma atuação igualitária entre pais separados, perante a condução da vida de seus filhos, a guarda compartilhada tornou-se a regra no direito brasileiro, devendo ser afastada somente quando o melhor interesse do menor sugerir a guarda unilateral.

¹⁹ A íntegra do Projeto de Lei nº 6.350/02 encontram-se em anexo no presente trabalho monográfico.

²⁰ A íntegra da Lei nº 11.698/08 encontram-se em anexo no presente trabalho monográfico.

A psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta se coaduna com este entendimento, dando-lhe um enfoque mais abrangente. Para tanto, disserta sobre a guarda compartilhada, nos termos seguintes:

Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e também muitas vezes bem-sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.

Ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos (MOTTA, *apud* GRISARD FILHO, 2010, p. 131).

Trata-se, pois de modalidade de guarda mais evoluída, exigindo elevado grau de responsabilidade de ambos os genitores para manter a cordialidade e o bom senso no cumprimento dos deveres materno e paterno, na busca de equilíbrio no exercício do poder familiar, contribuindo, assim, para a boa formação da personalidade de seus filhos.

3.2 Aspectos relevantes da guarda compartilhada

A guarda compartilhada traduz-se num instituto com nuances peculiares que, segundo Ana Maria Milano Silva, são “advindas da evolução social e dos costumes no seio das famílias, mas que por outro lado provoca reações de repúdio por parte de alguns juristas e militantes no campo jurídico, que somente destacam desvantagens na aplicação desse tipo de guarda de filhos” (SILVA, 2012, p. 59).

A Lei nº 11.698/08 regularizou direitos já implicitamente existentes na realidade jurídica do País, ganhando relevância ao regular a guarda compartilhada como um instituto que assegura garantias de melhor convivência entre pais e filhos, depois de uma separação conjugal e em qualquer outra situação em que os pais não mais coabitem.

Grisard Filho (2010) relata que a Legislação brasileira acolhe francamente essa nova modalidade de guarda compreendida no princípio da igualdade plena entre ambos os genitores, bem como no princípio da paternidade responsável, visto que ela os privilegia e os envolve nas funções educacionais e formativas dos filhos de forma responsável e igualitária, dando continuidade ao exercício da autoridade parental por ambos os genitores.

Para que o instituto tenha resultados positivos faz-se necessário um trabalho desenvolvido em conjunto pelos magistrados, pelas equipes

multidisciplinares e pelos pais, que devem se comprometer em superar seus conflitos e cuidar dos filhos de forma responsável, cordial e harmônica.

Havendo consenso entre os genitores, deverá o juiz confiar no discernimento destes, cujas escolhas presumivelmente serão as melhores para seus filhos. Contudo, caberá ao juiz verificar se o acordo atenderá efetivamente ao melhor interesse dos filhos, ou se contempla mais os interesses de um ou de ambos os pais, pois não se poderá olvidar que há muitos casos em que predominarão a imaturidade, a vingança ou outro sentimento mesquinho e individualista a desmerecer qualquer consideração por parte do magistrado. Assim, as reações ao modelo da guarda compartilhada têm sido debatidas por diversos e renomados juristas, havendo posicionamentos que destoam quanto à aplicação da guarda compartilhada, ao que alguns defendem ser o modelo ideal, enquanto outros se posicionam com verdadeiro descrédito quanto à sua viabilização.

Cumprido ressaltar que a guarda compartilhada não se subordina a acordo entre os genitores separados. Pelo contrário: ela terá preferência obrigatória para ser aplicada nos casos em que não haja acordo. Contudo, percebe-se que ainda há muita confusão no meio jurídico quanto à utilização dessa modalidade de guarda, nos casos em que os pais ainda não superaram as divergências pessoais e sentimentais existentes entre eles, tornando-se o ponto nevrálgico do questionamento quanto à efetividade da guarda compartilhada o fato dela resultar de determinação judicial.

Há quem defenda que, em princípio, somente nos casos de separação consensual é que seria possível a aplicação da guarda compartilhada. E que, para os casos em que não haja entendimento entre os genitores, mais adequada seria a guarda unilateral. Nesse sentido posicionam-se juristas como Sérgio Gischkow Pereira, Eduardo de Oliveira Leite, Segismundo Gontijo e Sérgio Eduardo Nick dentre outros.

Segundo essa corrente doutrinária, a defesa à impossibilidade da aplicação da guarda compartilhada nos casos de separação litigiosa se fundamenta no texto do art. 1.584, § 2º do Código Civil prevalente, o qual menciona que “não havendo acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que possível**, a guarda compartilhada”. Nesse contexto, não haverá imposição legal à utilização dessa modalidade de guarda quando houver conflito entre o casal, o que

viria a permanecer no ambiente familiar, repercutindo negativamente no convívio perante seus filhos (grifo nosso).

Porém, contrariando tal dissenso, Maria Berenice Dias ressalta que a prática tem revelado que é a guarda unilateral a grande propiciadora de conflitos e insatisfações entre os genitores, envolvendo os filhos. Partilham dessa opinião juristas como Graça Conde, Ione Caldas, Conceição Mousnier dentre outros.

A defesa dessa veia doutrinária se perfaz na necessidade de manter na convivência familiar o pai e a mãe próximos aos filhos, partilhando igualmente as responsabilidades a estes dispensadas, mesmo havendo litígio entre os ex-consortes, pois isto é o que a própria lei geral prescreve, no art. 1.584, § 2º do Código Civil que, não havendo acordo entre os genitores quanto à guarda do filho, será aplicada então a guarda compartilhada, para garantir-se que o filho não sofrerá prejuízos no seu desenvolvimento físico, mental e emocional. Defendem ainda que, para o filho, melhor será conviver com os desentendimentos dos pais e tê-los próximos a si, ao ter que ver um deles se afastar do seu convívio.

Nesse entendimento se dá um julgado de 2010 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

ACÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS PROMOVIDA PELO PAI - MENORES EM COMPANHIA DA MÃE - RELAÇÃO CONFLITANTE ENTRE OS PAIS - GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos. Provimento parcial do recurso (AC 0001352192004.8.19.0011, rel. Des. José Geraldo Antônio, julgado em 11/8/2010).

O julgado expõe, portanto, a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada mesmo havendo conflitos na relação entre o pai e a mãe, não devendo tal litígio incidir nos interesses dos filhos, nem dificultar o convívio entre estes e seus pais, visto que o juiz decidirá quanto à aplicação da guarda compartilhada e quanto aos deveres de cada um dos genitores perante seus filhos.

Sob esse fundamento o poder discricionário do juiz nessa problemática abrirá caminho para a efetividade da guarda compartilhada de forma quase que unânime, frente à flexibilidade deste instituto, podendo o magistrado socorrer-se de outros instrumentos e mecanismos que lhe apontem a condução a ser dada, tornando sua efetividade sempre possível quando não haja insuficiência mental de

um dos pais ou outro distúrbio que venha a comprometer a capacidade de cuidar do filho.

A essa corrente doutrinária filia-se a defesa do presente trabalho, mediante a conclusão obtida por meio da análise dos aspectos objetivos e subjetivos do instituto, acreditando tratar-se da melhor alternativa de guarda, por ensejar garantir-se a manutenção dos vínculos coparentais. Contudo, para que assim o seja, mais uma vez se chama a atenção para a necessidade de cooperação entre magistrados, equipe multidisciplinar e pais, no sentido de se esforçarem para que a guarda compartilhada seja efetivada, de fato, com sucesso.

A advogada e ex-diretora da Escola Superior de Advocacia (ESA), Graça Conde, sempre se colocou como uma das mais ferrenhas defensoras do compartilhamento da guarda. Em artigo publicado na Tribuna do Advogado²¹ comenta: “Essa já deveria ser uma prática de nossos tribunais, em obediência ao dever do pátrio poder e do preceito constitucional da igualdade entre homem e mulher” (SILVA, 2012, p. 72).

Assunto de grande relevância que tem provocado diversidade de opiniões entre os doutrinadores diz respeito a fixação da residência na qual o filho menor irá habitar, merecendo a devida atenção, pois disto depende sua estabilidade. Assim, a guarda compartilhada possui como pressuposto a fixação de uma residência para os filhos, e que seja preferencialmente próximo da escola e de outros ambientes que necessitem frequentar. No entanto, Silva (2012, p. 107) adverte que “ambos os pais devem possuir acomodações para a criança em suas respectivas residências”, mas não há que se confundir com a ideia de residência alternada, como muitos autores erroneamente defendem, atribuindo a esse fato controvertido um dos fatores de desvantagem da guarda compartilhada. Nessa modalidade de guarda a residência habitual dos filhos é definida desde o estabelecimento da guarda compartilhada, com base na situação fática do casal e atendendo ao que for mais benéfico para o filho, sem que isso cause embaraços no seu cotidiano.

Outro aspecto importante desse instituto para o qual Maria Berenice Dias chama a atenção é a possibilidade de o menor ficar sob a guarda de outras pessoas que não os genitores, sendo, em muitos casos os avós. Essa situação em nada

²¹ Tribuna do Advogado. Órgão de divulgação da OAB/RJ. Set. 1997, p. 1.

impede o estabelecimento da guarda compartilhada entre os guardiões e os genitores²² (DIAS, 2011).

Evidencia-se que a falta de melhor conhecimento dos atributos e aspectos práticos da guarda compartilhada, associado à pouca divulgação do modelo no meio jurídico, têm sido motivos de cautela por parte do Judiciário e mesmo dos advogados e pais separados.

As situações que ora se apresentam clamando por solução jurídica e psicológica para os problemas enfrentados na definição de guarda dos filhos menores revelam estar havendo uma revalorização da figura paterna, antes reduzida a mero visitador e provedor, e uma centralização dos interesses do menor nas decisões, para que lhe seja oferecido um desenvolvimento psicoafetivo mais equilibrado e uma participação comum de ambos os pais em seu cotidiano.

Para melhor compreensão dos aspectos mais relevantes da guarda compartilhada, interessante se faz a apresentação das vantagens e desvantagens desse modelo de guarda, conforme texto a seguir.

3.3 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

3.2.1 Vantagens

A grande repercussão desse modelo de guarda se deve ao fato de ser estabelecida a continuidade das relações entre pais e filhos. No entanto, existirão outros fatores relevantes que ensejarão a utilização da guarda compartilhada como sendo o modelo ideal de guarda. Para melhor visualizar esses fatores, sem a pretensão de esgotar as circunstâncias que levam o magistrado a decidir pela aplicação da guarda compartilhada, serão apresentadas suas vantagens e desvantagens.

Nessa nova modalidade de guarda ao filho não será imposto ter de escolher entre um dos genitores para ser seu guardião, sofrendo a angústia e o medo em magoar o pai preterido. Para evitar tal desgaste emocional, a guarda

²² Pedido de homologação de guarda compartilhada. Pais e avó materna. Maior proteção à menor. Consenso entre as partes. Deferimento. Recurso provido. É possível deferir a guarda compartilhada entre os pais e a avó materna, visto que a pretensão resulta do consenso entre as partes e visa ampliar a proteção da criança (TJMS, AC 2010.016220-8/0000-00, rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, j. 27.07.2010).

compartilhada privilegia e envolve os pais de forma igualitária na atribuição de suas funções materna e paterna, elevando o grau de satisfação dos genitores que, em número cada vez maior, tem desenvolvido nos homens e mulheres certa consideração pelo seu ex-parceiro enquanto pai ou mãe. Isso tem resultado prático na eliminação dos conflitos de lealdade (GRISARD FILHO, 2010, p. 218-221).

Para a presidente da Associação Brasileira de Psicologia Aplicada (ABRAPA), Ione Caldas, a guarda compartilhada atende, de forma mais eficiente, aos interesses das crianças, pelo fato de ampliar a presença dos pais junto a elas (SILVA, 2012).

Na guarda compartilhada atribui-se a guarda jurídica a ambos os pais, significando que tanto o pai quanto a mãe exercerão, de forma igualitária e simultânea, todos os deveres relativos aos filhos. Isso quer dizer os genitores tomarão as decisões que respeitem à criança, de forma conjunta, através da cooperação de cada um, evitando com isso a exposição do filho nos seus conflitos pessoais, minimizando as consequências advindas da separação ou do divórcio.

Assim, verificamos que na guarda compartilhada temos como norte o princípio do melhor interesse do menor. Dessa forma, a criança, através de uma maior convivência com os pais, ainda que separados, continua a manter o referencial tanto paterno quanto materno, referencial esse tão fundamental para seu desenvolvimento social e afetivo.

A continuidade da relação entre pais e filhos, através de um convívio amistoso, em que os filhos tenham acesso a ambos os pais, ajudará a minorar os sentimentos de rejeição e, na maioria das vezes, de culpa que os filhos carregam, por julgarem-se verdadeiros empecilhos na vida dos seus genitores, uma vez que estes vivem brigando e mencionando os filhos em meio a essa guerra. Assim, a não exposição da prole nas desavenças do casal propiciará um maior ajuste emocional dos filhos, afastando a possibilidade de um dos genitores obter a guarda única da sua prole.

Em relação aos pais, a guarda compartilhada oferecerá vantagens que irão além da possibilidade de poderem conjuntamente decidir e resolver o destino dos filhos, dando aos pais separados a possibilidade de reconstruírem seus relacionamentos pessoais, sociais e profissionais.

Todas essas premissas, sem sombra de dúvidas, produzirão na criança e no adolescente, efeitos positivos em longo prazo, que contribuirão diretamente para o seu desenvolvimento e para a formação do seu caráter.

3.2.2 Desvantagens

No que tange às desvantagens apresentadas pela Doutrina para a guarda compartilhada, cumpre ressaltar, primeiramente, a que mais polêmica apresenta, que é a guarda compartilhada nos casos de separação judicial, quando não há cooperação entre os genitores, que vivem em constantes discussões envolvendo sua prole numa disputa pessoal. A defesa de que esse modelo de guarda apresenta desvantagens baseia-se na premissa de que, qualquer função atribuída aos pais para conjuntamente desempenharem, será desastrosa. Um bom exemplo dessa situação se visualiza na seguinte Jurisprudência, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 3. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 4. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 5. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido (AGV 70049349632, TJRS, 7ª Câmara Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DJ. 18.06.2012).

A impossibilidade de cooperação e da falta de diálogo entre os pais, quando estes buscam apenas sabotar um ao outro, prejudicando a educação e o desenvolvimento dos filhos, não merecem o amparo da guarda compartilhada, devendo ser concedida a guarda única ao genitor que se mostre menos contestador e mais disposto a dar ao outro genitor o direito de visitas (GRISARD FILHO,

Outro aspecto a ser considerado nesse contexto será a faixa etária dos filhos menores, pois, conforme orientações psicológicas, a criança com idade até cinco anos necessitará de uma convivência estável para a formação da sua personalidade. A psicóloga Eliana Ripert Nazareth, apesar de adepta da guarda

compartilhada, alerta para o fato de que a guarda compartilhada não é aconselhável para crianças muito pequenas, sendo mais apropriado nesse caso a guarda única (SILVA, 2012).

Nos casos em que um dos genitores apresentar vícios ou distúrbios que possam colocar a vida do menor em risco, a doutrina não recomendará a guarda compartilhada, pois poderá advir daí problemas diversos, que irão prejudicar diretamente a criança ou adolescente.

Segundo Silva (2012) outros fatores que inviabilizarão o compartilhamento da guarda: o fato de um dos genitores não possuir adequadas condições operacionais, como por exemplo, não possuir acomodações apropriadas para receber seus filhos ou morar longe da escola destes. Também quando o genitor tiver que viajar por longos períodos, caso em que terá de deixar os filhos aos cuidados de familiares ou de terceiros.

As críticas à guarda compartilhada não poderão desmerecer o seu verdadeiro valor, posto que a interpretação desse instituto e sua conseqüente aplicação são tarefa complexa, que não se encerra por si só, mas que dependerá das atitudes de cada um que faça parte do processo, sem deixar de observar-se sempre o melhor interesse do menor.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

Este capítulo visa traçar um panorama sobre a Lei nº 12.318/10, que regula os casos de alienação parental na legislação brasileira, com suas consequências materiais e processuais, no que tange à guarda de crianças e adolescentes, discorrendo sobre as disposições e principais institutos da lei em comento.

4.1 Considerações gerais

O poder familiar é assegurado aos pais por lei, no entanto, torna-se cada vez mais comum o rompimento de relacionamentos entre os genitores que, após a separação, passam alguns a querer exercer de forma unilateral o poder sobre sua prole.

Esses conflitos familiares, entre pais que não mais coabitam, têm gerado sérios problemas no convívio familiar, desencadeando consequências danosas para eles e seus filhos, de forma marcante, chegando mesmo a transformar-se em sequelas que interferem diretamente no comportamento e desenvolvimento do menor, que se vê em meio a esta guerra declarada.

O direito de visitas, estipulado no acordo consensual ou judicial, com o objetivo de dar-se continuidade à convivência entre o filho e o genitor não guardião, além de visar minimizar os efeitos nocivos da dissolução da sociedade conjugal, tem sido alvo de manobras e artifícios utilizados pelo detentor da guarda no intuito de criar obstáculos aos encontros entre o filho e o outro genitor. Essas atitudes estão eivadas de ressentimentos, mágoas e egoísmo, que ainda reinam entre os pais, acabando por transformar a criança ou adolescente em instrumento de vingança.

Adentrando nesses conflitos, em muitos casos, percebe-se claramente a existência de um fenômeno que, embora não seja novo em sua prática, somente foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em agosto de 2010, através da Lei nº 12.318/10, denominado de **alienação parental**, conceituado expressamente no próprio texto da lei, em seu 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 (grifo nosso).

Assim, o entendimento que se tem dispensado para o processo da alienação parental é que ela acontecerá quando a criança ou adolescente for programado para repudiar um dos genitores. O inconformismo do genitor alienante com a separação é que faz desencadear este comportamento mesquinho e egoísta.

De acordo com Maria Berenice Dias, esse comportamento se manifestará principalmente no ambiente da mãe, visto que a tradição lhe indicava ao exercício da guarda dos filhos menores de forma exclusiva. Com a evolução dos institutos jurídicos, a guarda poderá ser decretada a qualquer um dos pais, ou mesmo a terceiros. Tal amplitude no direito de exercício da guarda abre caminho também para a incidência da alienação parental, por qualquer dessas pessoas.

A autora atenta para o fato de que o pai poderá tornar-se alienador em relação à mãe ou mesmo ao seu companheiro. A lei em comento apresenta, no parágrafo único, do art. 2º, um rol dos possíveis alienantes, podendo ser também os avós ou outra pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância. Trata-se, pois, de um rol extensivo de sujeitos ativos na prática da alienação parental (DIAS, 2011). As atitudes do genitor alienante, então, são caracterizadas pela obstinação em afastar o filho do convívio com o outro genitor e conseqüentemente sua família, desencadeando no infante sentimentos de rejeição e raiva em relação ao genitor alienado. Essa prática, muitas vezes, é realizada de forma inconsciente, mas isto não a descaracteriza, tampouco isenta o alienador das conseqüências jurídicas e punitivas.

Importante dizer, que a utilização do filho como instrumento de catarse emocional ou extravasamento de mágoa, além de traduzir detestável covardia, acarreta profundas feridas no desenvolvimento do menor. Assim, é necessária a intervenção estatal, acompanhada de uma equipe multiprofissional, para garantir um crescimento sadio à criança ou adolescente.

Se a alienação perdurar no tempo, poderá tornar-se um processo patológico intitulado de **Síndrome da Alienação Parental (SAP)**, a qual é considerada psicologicamente como o estágio mais avançado da prática do processo alienante, que é transformada em permanentes sequelas emocionais e comportamentais da vítima (grifo nosso).

Para tanto, necessário se fará a diferenciação entre a Síndrome da Alienação Parental e a mera Alienação Parental, sob a ótica psicológica e jurídica.

4.2 Diferença entre alienação parental e SAP

O emprego dos termos da Alienação Parental e da SAP são, em muitas ocasiões, confundidos e usados como sinônimos. Portanto, é importante traçar suas conceituações e pontuar, inicialmente, que o termo Alienação Parental é utilizado pela lei, enquanto a denominação Síndrome da Alienação Parental é comumente utilizada por especialistas da área da psicanálise e da psiquiatria, sendo também utilizada no campo jurídico. Mesmo estando intimamente ligadas uma à outra, elas não se confundem, apenas se complementam.

Segundo leciona Marco Antônio Pinho:

[...] a Síndrome não se confunde com a Alienação Parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, ao passo que a AP se liga ao afastamento do filho de um pai através de manobras da titular da guarda; a Síndrome, por seu turno, diz respeito às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e o adolescente vêm a padecer.²³

Dessa forma, a Alienação Parental se traduzirá numa conduta, pela qual o genitor alienante empreende uma campanha contra o outro, geralmente o não guardião, de forma consciente ou inconsciente, no intuito de desmoralizar e denegrir a imagem deste, tentando afastá-lo do convívio com o filho, que passará a vê-lo como um estranho. A Síndrome da Alienação Parental, por sua vez, resulta nas sequelas deixadas pela alienação parental, interferindo no comportamento social, psicológico e emocional externado pela criança, vítima desse processo. Trata-se, portanto, de uma patologia desenvolvida na criança ou adolescente (GOMES, 2011).

A Síndrome da Alienação Parental configura-se na combinação de dois fatores, sendo o primeiro definido pelos atos negativos inculcados na mente do menor por um dos pais, enquanto o segundo se amolda nos efeitos psicológicos desencadeados na criança, que passa, a partir de então, a rejeitar ou mesmo denegrir a imagem do alienado. Assim, o detentor da guarda conseguirá destruir o relacionamento entre o outro genitor e seu filho, passando, então, a assumir todo o

²³ PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação parental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2221, 31 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13252>>. Acesso em: 01 out. 2014.

comando da sua prole de forma una. Enquanto isso, o pai alienado passará a figurar como um invasor, um intruso que deverá ser afastado da vida do menor.

O estudo acerca da SAP foi desenvolvido pelo psiquiatra americano Richard Gardner,²⁴ em 1985, para descrever a situação de desmoralização de um dos genitores, manipulando o filho contra o outro não guardião, com o intuito de acabar com o relacionamento existente entre eles.

Segundo Jocélia Lima Puchpon Gomes, o germe da Alienação Parental é a criança em meio ao conflito travado pelos pais. A autora ressalta outros fatores que também contribuirão para a proliferação desse fenômeno, quais sejam:

Também, as diferenças culturais, as de valores e as divergências quanto à percepção do que seja a melhor educação e o melhor trato com os filhos, podem acirrar os conflitos dos genitores separados e desencadear sérios problemas à saúde mental do menor, tal como ocorre na Síndrome da Alienação Parental (GOMES, 2011, pág. 36).

Somente em 2003 é que a Síndrome da Alienação Parental destacou-se no meio jurídico brasileiro, quando começaram a surgir jurisprudências a seu respeito, embora não houvesse ainda previsão legal desse fenômeno no ordenamento pátrio.

Tanto a Alienação Parental quanto a SAP têm sido alvo de diversos debates por profissionais da área jurídica e da saúde mental, por tornar-se elemento relevante na disputa da guarda de menores.

Sem a pretensão de alongar-se na conceituação de tais fenômenos, passaremos às ponderações da Lei nº 12.318/10, de acordo com o objetivo do trabalho.

4.3 Ponderações à Lei nº 12.318/2010

A dificuldade de harmonização no convívio entre os genitores causará efeito bastante negativo ao psicológico da criança e do adolescente, gerando comportamentos indesejáveis que os acompanharão por toda a vida. Trata-se de aspectos emocionais e psicológicos que envolvem não somente o núcleo familiar, mas toda a sociedade. Por esse motivo, o ordenamento jurídico deverá tutelar a

²⁴ Richard Alan Gardner foi um respeitado médico-psiquiatra norte-americano, que escreveu mais de 40 livros e publicou mais de 250 artigos na área da psiquiatria infantil. Embora haja registros deste conceito desde a década de 40, foi Gardner que primeiro o definiu como *Parental Allienation Syndrome* nos anos 80.

família afetada pela separação ou divórcio, garantindo ao menor um ambiente sadio para seu desenvolvimento.

Nessa esteira de raciocínio, o legislador, ao criar a Lei da Alienação Parental, objetivou a proteção à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos, com pais separados ou divorciados, de modo que a família moderna seja palco da plena realização de seus integrantes, pela exteriorização dos sentimentos de afeto, amor e solidariedade, afastando, assim, qualquer possibilidade de alienação, visando o melhor para os filhos em desenvolvimento.

Antes da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 (Lei da Alienação Parental), o ordenamento jurídico pátrio já era conhecedor dos atos relativos ao fenômeno da alienação parental. Embora o assunto fosse conhecido por parte da doutrina e jurisprudência, ainda não havia instrumentos suficientes para tratar a questão no caso concreto. Desta forma, coibir os “atos de alienação parental”, naquele tempo, era tarefa difícil para os julgadores, mesmo que por analogia (art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB). Como a alienação parental geralmente é desenvolvida por um dos genitores, a alternativa pacificadora para tal situação poderia ser a reversão da guarda para o outro genitor, como medida inibidora, mesmo que muitos julgadores não acolhessem esta decisão.

As formas em que a alienação parental poderá exteriorizar-se são apresentadas em rol exemplificativo do art. 2º, parágrafo único, sendo elas configuradas em campanhas de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental ou o contato do menor com genitor; dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre o menor, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente e mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência do menor com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O legislador chamou a atenção para o fato de que a alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudicando diretamente nas relações afetivas com o genitor e com a respectiva família, constituindo abuso moral contra o menor e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O art. 4º, do mesmo diploma legal, especifica que, com a declaração de indício de ato de alienação parental, poderá ser intentada ação processual na forma autônoma ou incidental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento, tendo tal esta prioridade na tramitação. O juiz determinará, então, a ouvida do Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica do menor, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Também será dada garantia de visita assistida ao menor e ao seu pai, ressalvado os casos em que isso configurar iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, o que deve ser atestado por profissional específico. Caso seja necessário a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, o juiz a determinará.

Quanto às outras especificidades da lei, elucida-se que já foram objeto de análise em momentos distintos, no decorrer da apresentação do presente trabalho.

4.4 Dificuldades práticas na aplicação da Lei nº 12.318/2010

Com o advento da Lei nº 12.318/10, o ordenamento jurídico aperfeiçoou-se na repressão à alienação parental ou a qualquer outra conduta que obste o efetivo convívio entre o menor e seu genitor. No entanto, sua aplicabilidade prática tem sido amplamente questionada.

Os atos de alienação parental deverão ser evitados, primeiramente pelos pais e responsáveis do infante e, em não sendo isto possível, o Judiciário agirá, de acordo com o que determina a Lei nº 12.318/10, o Código Civil vigente e o ECA, atendendo aos princípios constitucionais brasileiros, notadamente ao melhor interesse do menor.

Uma vez identificado algum indício de alienação parental, o Poder Judiciário deverá barrar seu prosseguimento, impedindo uma possível instalação da Síndrome da Alienação Parental. Segundo artigo da professora de Direito, da Universidade de São Paulo (USP), Dr.^a Priscila Maria P. C. da Fonseca²⁵, os “juízes de família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado”. Logo, é

²⁵ Artigo sobre Síndrome da Alienação Parental. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

premente a necessidade dos julgadores darem maior atenção aos elementos identificadores da alienação parental, devendo interferir na relação familiar doentia, realizando, primeiramente, estudos e perícias psicossociais, para depois definir e ordenar as medidas necessárias à proteção do menor, com a máxima urgência.

Em matéria publicada pelo professor de Direito Wesley Gomes Monteiro²⁶, ele aponta que, dentre as dificuldades suscitadas pelos aplicadores do direito e pela doutrina, destacam-se dois fatores: o primeiro diz respeito aos efeitos resultantes das sanções previstas no art. 6º, da lei em comento, mediante a dificuldade da eficácia das sanções nos relacionamentos familiares afetados pela alienação parental, devido à proteção que a legislação dá à intimidade e privacidade do convívio familiar. Assim, não se terá uma resposta que realmente informe se a medida foi eficaz para a proteção da criança. Uma medida de afastamento de um dos genitores ou outra ação mais forte possuem efeito limitado e progressivo, podendo modificar-se de acordo com as circunstâncias fáticas.

Nesse contexto, o Estado deverá impor sanções quando constatar prejuízos à formação do menor, podendo determinar alguma das medidas estabelecidas no art. 6º, da referida lei, chegando a alterar a situação da guarda ou mesmo à suspensão da autoridade parental. Para tanto, deverá contar com outros profissionais técnicos que auxiliarão nas avaliações e acompanhamentos comportamentais da família envolvida. No entanto, mais uma vez, a legislação se depara com dificuldades práticas na sua aplicação, pois o Estado não disponibiliza recursos necessários para esse trabalho multidisciplinar, que é indispensável quando se trata de alienação parental.

O segundo fator que ocasiona dificuldade prática na aplicação da Lei da Alienação Parental, apontado pelo professor Wesley, trata da dificuldade de acesso à Justiça, por considerável parte da população brasileira, transformando-se num verdadeiro entrave à solução de questões de cunho familiar e social, inviabilizando a segurança de crianças e adolescentes.

Apesar de distante do ideal pretendido pela referida lei, percebe-se nela um viés de instrumentalidade que induz doutrinadores e julgadores a cristalizarem decisões a respeito do tema, simplificada pela facilidade interpretativa do texto legal.

²⁶ Artigo Publicado no site do IBDFAM, intitulado: O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas: ensaio sobre alienação parental. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/765>>, Acesso em: 02 out. 2014.

Além disso, a Lei da Alienação Parental não afasta qualquer norma ou instrumento de proteção à criança já existente no ordenamento jurídico, embora tenha o condão de clareza e agilidade para tratar o caso de forma específica.

Os fatores emocionais, que rodeiam os genitores por consequência do fracasso conjugal na separação ou divórcio, favorecem imoderadamente a alienação parental de modo que o julgador, mesmo com o advento da nova lei, encontra dificuldades por questões que envolvem não somente a lesão a direito, mas a estrutura psicológica da criança ou adolescente. Portanto, mister que o juiz tome cautelas redobradas para que a decisão não prejudique as garantias do menor. Neste sentido, preceitua Maria Berenice Dias:

No máximo, são estabelecidas visitas de forma monitorada, na companhia de terceiros, ou no recinto do fórum, lugar que não pode ser mais inadequado. E tudo em nome da preservação da criança. Como a intenção da mãe é fazer cessar a convivência, os encontros são boicotados, sendo utilizado todo o tipo de artifícios para que não se caracterizem as visitas.

O mais doloroso – e ocorre quase sempre – é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar [...].²⁷

De acordo com a citação da autora, há uma preocupação direta com a preservação da criança mediante as intenções dos seus genitores, estabelecendo, para tanto, soluções que viabilizem o convívio entre pais e filhos, mas tendo a cautela de monitorar determinados encontros ou de realizar acompanhamentos psicológicos da convivência da família em litígio.

Os efeitos ocasionados pela prática de atos de alienação parental são os mais diversos, os quais a advogada, Carolina da Cunha Pereira França Magalhães, em artigo publicado em 04.11.12, no Consultor Jurídico²⁸, defende que a criança em meio ao fogo cruzado entre os pais poderá sofrer consequências extremamente nocivas, como depressão, ansiedade, pânico, uso de drogas e álcool – buscando aliviar a dor e a culpa da alienação – baixa autoestima, problemas de caráter e, em alguns casos, até mesmo o suicídio.

Por essas razões, sempre que o Judiciário perceber indícios de alienação parental, deverá coibir o seu desenvolvimento no núcleo familiar, na forma da lei,

²⁷ Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/home-artigos-sindrome-da-alienacao-parental-alienacao-parental.dept>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁸ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-04/lei-alienacao-parental-reafirma-principio-protecao-crianca#autores>>. Acesso em: 01 out. 2014.

visando a preservação da integridade psicológica do menor, assegurando sua sadia convivência com os genitores.

Contudo, o problema maior estará na demora em serem percebidos os aspectos da alienação parental, sem que haja ruptura da segurança jurídica, o que se resolveria com um acompanhamento contínuo pelos profissionais da equipe multidisciplinar, tomando medidas certas de forma mais célere. Então, deferir a guarda de uma criança a um suposto pedófilo, que abusa sexualmente de outra criança, por exemplo, causaria risco à prole, justamente por este ser o hipossuficiente, logo carente de mais proteção estatal.

Provavelmente alguns Estados possuem, em suas comarcas, equipes multidisciplinares disponíveis. Entretanto, a realidade da maioria das comarcas brasileiras é que elas não dispõem de tais recursos, tendo os juízes dificuldades até para conseguir uma perícia mais detalhada. Some-se a isso a falta de profissionais das áreas da Psicologia, da Psiquiatria e da Assistência Social, além do despreparo de boa parte dos órgãos de proteção a crianças e adolescentes.

No capítulo seguinte serão apresentadas as dificuldades encontradas pelos julgadores para coibirem o desenvolvimento de atos de alienação parental, com base nos preceitos legais, sem que haja prejuízos para o menor.

5 (IN)APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Este capítulo foi desenvolvido com base em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, para tratar dos aspectos legais e práticos quanto à aplicabilidade e efetividade da guarda compartilhada nos casos de alienação parental, tendo como fundamento os textos das Leis da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/08) e da Alienação Parental (Lei nº 12.318/10), as quais foram propostas em atendimento aos princípios fundamentais e às mudanças sociais e jurídicas perpetradas no neoconstitucionalismo.

5.1 Previsão legal da guarda compartilhada como alternativa para inibir a alienação parental

O terceiro capítulo tratou em detalhes do instituto da guarda compartilhada e destacou, dentre outros aspectos, a importância da participação conjunta dos pais separados ou divorciados na formação e desenvolvimento dos seus filhos menores.

Com o advento da Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/08) visualizou-se um modelo ideal de guarda, tornando-se a via preferencial pelos julgadores para sanar problemas que envolvam a guarda de menor, posto que privilegia a convivência dos filhos com seus genitores, garantindo com isso a proteção integral da criança e do adolescente, em consonância com o princípio do melhor interesse do menor.

A inserção da Lei nº 12.318/10 (Lei da Alienação Parental), no ordenamento jurídico pátrio, deliberou sobre o tratamento jurídico a ser dado aos casos de alienação parental, devendo os julgadores observar as formas processuais nela dispostas para inibir ou atenuar os efeitos da alienação, de modo que para cada caso concreto há de se buscar a medida mais adequada.

O artigo 6º, do diploma supracitado, aduz que o juiz poderá, cumulativamente ou não, aplicar as medidas dispostas nos incisos do dispositivo legal, desde que caracterizados atos típicos de alienação parental. A ideia é que essas medidas tenham o condão de inibir esse fenômeno, podendo o julgador advertir, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado,

estipular multa ao alienador, determinar acompanhamento psicológico, e até mesmo determinar a **alteração da guarda para guarda compartilhada** ou sua inversão (grifo nosso).

Assim, colhe-se que, dentre outras medidas facultadas ao juiz, entendeu o legislador que a guarda compartilhada seria um importante instrumento de combate a essa prática doentia, quando possibilitou a aplicação dessa modalidade de guarda como uma alternativa para inibir ou atenuar a prática de atos de alienação parental.

A veia doutrinária, que defende a real aplicabilidade da guarda compartilhada nos casos de alienação parental, fá-la com base nas vantagens apresentadas por esta modalidade de guarda.

De acordo com esta corrente, a convivência contínua entre pais e filhos se torna o ponto preponderante nessa questão, visto que ambos os genitores estarão participando, ativamente, da vida do menor, evitando com isso algum desajuste emocional, tanto do infante quanto dos genitores.

Porém, atente-se para o fato de que **somente nos casos em que houver consenso entre os pais**, será possível o diálogo, o entendimento e a convivência. Logo, a princípio, chega-se à conclusão de que apenas na separação consensual será eficaz a aplicação deste instituto de combate à alienação parental. No entanto, há quem defenda que, mesmo havendo litígio entre os genitores, ainda assim será possível a aplicação da guarda compartilhada para inibir tais atos (grifo nosso).

Corroborando tal entendimento, Rosa Sender Lang defende que a guarda compartilhada poderá ser uma solução para a alienação parental, principalmente nos casos de litígio, para evitar que um dos genitores possa deter sobre a criança um poder maior que o do outro, possibilitando a ambos o exercício pleno da parentalidade (LANG, 2000). Assim, a guarda compartilhada permitiria a comunicação entre ambos os pais e seu filho, o que frustraria as tentativas de alienação, visto que o menor contrastaria o que fora dito pelo genitor alienante frente às ações do genitor alienado, tirando suas próprias conclusões. Dessa forma o trabalho do alienante seria bastante dificultado.

A defesa, também, se pauta no fato de que o partilhar da guarda da criança não sobrecarregaria apenas um dos pais, pois isto poderia desencadear outros problemas, como, por exemplo, a falta de tempo para este genitor realizar suas atividades corriqueiras e novos relacionamentos.

Desta forma, a guarda compartilhada tornou-se uma possibilidade de co-repartição da convivência e responsabilidade de ambos os pais perante seus filhos (BRITO, 2009).

Nessa esteira de raciocínio, a Guarda Compartilhada se revela uma alternativa para inibir ou atenuar a Alienação Parental, mas ela, por si só, não será suficiente para impedir a alienação de forma dolosa por um dos genitores. É o que preleciona Perez (2010, p. 80):

É certo que a implementação da guarda compartilhada, ao garantir equilibrada participação de pai e mãe na formação de seus filhos, representa importante instrumento, com larga eficácia, para inibir a alienação parental. Mas o argumento de que a efetividade da guarda compartilhada é a resposta adequada e suficiente para inibir o que se denomina por alienação parental parece ignorar (a) a utilidade de intervenção no ordenamento jurídico para garantir a maior efetividade à própria aplicação da guarda compartilhada, (b) a inaplicabilidade da guarda compartilhada a determinados casos (que restariam sem a proteção específica que ora se discute), segundo a interpretação mais ou menos restritiva da lei, (c) a própria eficácia da guarda compartilhada para evitar, por completo, os atos de alienação parental e (d) a utilidade de se pensar em outras abordagens, complementares.

Portanto, a Guarda Compartilhada se revela um eficaz instrumento jurídico no combate à Alienação Parental, desde que outras iniciativas sejam implementadas conjuntamente. Além disso, de acordo com o art. 6º, da Lei nº 12.318/10, quando o juiz declarar a ocorrência de alienação parental, poderá manter a guarda compartilhada, apenas advertindo o pai alienante ou estipulando a ele uma multa, ou ainda determinando acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, havendo a possibilidade de tais medidas serem aplicadas cumulativamente ou não.

Contudo, se não for possível o entendimento entre os pais, suficiente para dar continuidade a uma convivência minimamente harmônica, garantindo à criança e ao adolescente um ambiente familiar sadio, a guarda compartilhada não será efetivada como instrumento jurídico eficaz ao combate da Alienação Parental.

5.2 A não efetividade da guarda compartilhada mediante casos de alienação parental

Como já discorrido em outras oportunidades, com o advento da Lei nº 11.698/08, a guarda compartilhada tem preferência diante da guarda unilateral, por assegurar a convivência familiar do filho com ambos os genitores, visando o melhor interesse do menor.

Porém, quando se tratar de casos em que já estiver configurada a prática de atos de alienação parental, a guarda compartilhada nem sempre será recomendada.

Segundo entendimentos emanados dos Tribunais de Justiça Estaduais e dos Tribunais Superiores, a alteração da guarda para a modalidade compartilhada causaria efeito favorável ao alienante e não inibidor como propõe a lei, acarretando, assim, prejuízos ao regular desenvolvimento social e afetivo dessa criança ou adolescente.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou a Apelação nº 70047886668, da Sétima Câmara Cível, onde o relatório trouxe o caso do pai que pedia a reversão de guarda e a mãe solicitava a permanência da guarda. Ainda no relatório apresentado, o genitor alegava que a genitora saía todos os dias para trabalhar e deixava a filha menor com terceiros, e ainda alegava que a criança estaria sofrendo abusos sexuais sem que a mãe tomasse providências.

A menor, quando ouvida em juízo, afirmava que sentia falta do pai, mas que sua convivência com a mãe também era boa. Segundo análise psicológica realizada durante a instrução processual, foi constatado que o genitor agiu com falsas acusações sobre a guarda da genitora, e nisso, incide a alienação parental. Nessa situação, a psicóloga sugeriu a permanência da guarda da infante com a mãe durante o dia, e a noite com o pai, enquanto àquela trabalha.

A relatora do recurso, Des^a. Liselena Schifino Robles Ribeiro, observa nos autos uma pretensão de interesses opostos sobre a guarda, alegando que a guarda compartilhada é inviável na iminência da alienação parental.

O posicionamento da relatora se dá pelo laudo pericial que determina características de alienação parental pelo genitor varão. Nessa seara, assevera que “Em laudo de perícia social, datado de 01/06/2010, foi observado que a questão a ser administrada é emocional, não conseguindo as partes fazer a separação deles como cônjuges, devendo, também em razão do litígio envolvendo a guarda, ter acompanhamento psicoterápico”.

Nesse caso, foi notório o conflito de interesses dos pais em relação à guarda da menor. Assim, a Lei nº 12.318/10 recomenda que o julgador iniba os atos de alienação parental declarando sua ocorrência e advertindo o alienador, bem como ampliando o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado (art. 6º, I e II).

A relatora reconhece que “O processo é pautado pela animosidade existente entre as partes, questões mal resolvidas, desde o matrimônio, e a insatisfação na forma de criação e cuidados com a filha, o que leva a intensa discrepância entre os genitores”. Conclui dizendo que a guarda compartilhada deverá ser alternativa, pautada no melhor interesse da menor, entretanto, tal hipótese não se configurou nos autos, o que a tornou inviável frente à desarmonia entre o casal, de sorte que a guarda compartilhada acarretaria maior possibilidade no agravamento da alienação, segundo laudo técnico. Nada mais imperioso, portanto, que a ratificação da guarda unilateral da mãe como forma inibidora da alienação, sendo, assim, mais relevante para o interesse da infante, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVERSÃO DE GUARDA. PEDIDO DO GENITOR. ALEGAÇÃO DE MELHOR CONDIÇÃO PARA CUIDAR DA FILHA.

Haja vista que a guarda deve atender, primordialmente, ao interesse da menor e ela, segundo o estudo social, está bem inserida no ambiente em que vive com o mãe, cabe a esta a guarda, considerando, outrossim, a animosidade entre as partes, o que inviabiliza a guarda compartilhada.

RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, PROVIDO O DA RÉ.

(TJRS – apelação cível 70047886668, sétima câmara cível, rel. Des^a. Liselena Schifino Robles Ribeiro, D.J. 16/05/2012)

Sem dúvida a guarda compartilhada, quando harmoniosa nos interesses dos genitores para a educação e desenvolvimento dos filhos, é disparada a melhor opção para os menores de pais separados que desejam a presença referencial paterna e materna na sua formação. De fato, esta harmonização será difícil nos casos em que o conflito de interesses é muito divergente entre o casal, como no exemplo supracitado.

Os tribunais superiores expressam entendimento de que a guarda compartilhada é uma condição de simultaneidade de interesses voltados ao menor, sendo melhor aplicada nas separações ou divórcios consensuais, haja vista a natureza jurídica do rompimento matrimonial. Ademais, o instituto revela condição favorável ao desenvolvimento da criança ou adolescente, que por sua vez espera o não rompimento do vínculo familiar em decorrência do insucesso matrimonial dos genitores.

Por outro lado, é cediço que a alienação parental caminha na contramão dos interesses do menor, além de ser conduta reprovável pela Lei nº 12.318/10. Infelizmente, este comportamento alimenta o apetite vingativo do alienante sobre o

alienado, e nisso resta provado através de laudo técnico que a conduta se prospera sem a menor observância aos interesses do menor.

Mesmo antes da existência das Leis da Guarda Compartilhada e da Alienação Parental, já havia o entendimento de que, havendo litígio entre os genitores, seria inviável a aplicação da guarda compartilhada como forma de coibir atos de alienação parental, conforme se visualiza em um dos julgamentos do precursor Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em 2006 julgou casos de SAP demonstrando conhecimento sobre o assunto, conforme ementa abaixo:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (TJRS – Apelação Cível nº 70016276735, Rel(a).: Des^a. Maria Berenice Dias, 7^a Câ. Cível, Julgamento: 18.10.2006)

O julgamento perpetrado pela iminente Des^a. Maria Berenice Dias, embora tenha ocorrido bem antes da existência da Lei nº 11.698/08 e da Lei nº 12.318/10, demonstrou conhecimento técnico e científico sobre a SAP, tendo sido colacionado nos autos, laudos psicológicos quanto às condutas do pai e da mãe, bem como das crianças que se encontravam na disputa pela guarda, as quais possuíam 6 e 8 anos. Na conclusão do laudo, a psicóloga, Márcia C. Nunes Pinto, recomendou a guarda compartilhada, para que ambos os pais possam, em consenso, participar da educação dos filhos. No entanto, no deslinde desse caso, prosseguiram as acusações entre os genitores, demonstrando a total impossibilidade de um acordo, o que resultou em cautela por parte dos julgadores na solução para o caso, os quais permitiram a visitação do pai aos filhos, porém em ambiente terapêutico, de acordo com o desfecho dado ao referido acórdão, sendo provido parcialmente.

O que a Lei recomenda é que, em casos como estes, deva-se aplicar a guarda unilateral ao genitor que melhor oferece condições de convívio e criação da criança ou adolescente como medida excepcional, já que a guarda compartilhada não poderá ser aplicada pelos genitores em desarmonia e sem os compromissos ligados ao menor.

Por esta razão, decidir sobre o tipo de guarda a ser oferecida ao menor, não é simplesmente entregar a sorte da criança a qualquer dos genitores que se diz melhor guardião, mas fazê-los compreender que os deveres e obrigações nos cuidados da prole são mútuos e necessários à formação, ao desenvolvimento educacional, psicológico, social e moral da criança ou adolescente. Os pais figuram como sujeitos realizadores de bem-estar, onde cada um realizará sua função na família.

Caso o magistrado conclua que esses requisitos não estão sendo cumpridos, será preciso ser cauteloso sobre as medidas aplicadas ao caso, tendo em vista que o princípio do melhor interesse do menor se liga à guarda compartilhada, mas que esta nem sempre poderá ser aplicada.

A inaplicabilidade da guarda compartilhada do menor, não está ligada à subjetividade do julgador naquilo que ele entende ser, moralmente, a melhor decisão, mas a todas as condições apresentadas em juízo que verdadeiramente sejam favoráveis aos interesses do infante, para sua sadia formação.

Há que se compreender que a alienação parental desconstitui o seio familiar, causa supressão paterna ou materna, raiva e rancor ao menor sem precedentes lógicos, além de distúrbios psicológicos antes não conhecidos. Nessa esteira, temos questão de ordem destinada ao menor, àquilo que lhe será mais favorável, mais benéfico pela sua condição de vulnerabilidade, e, portanto, merecedor da proteção estatal.

Nesse sentido o desembargador Rui Portanova, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um de seus julgamentos, afirmou que a aplicação da guarda compartilhada “deve ser deferida com maior grau de certeza, em um nível mais profundo de cognição”. Daí ser desaconselhável deferir a guarda compartilhada em sede inicial da ação, antes da instrução do processo e ainda sem a elaboração de laudos técnicos e/ou oitiva de testemunhas. Senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA EM ESTÁGIO INICIAL DO PROCESSO. NÃO CABIMENTO. PEDIDO ALTERNATIVO NÃO CONHECIDO.

Para deferimento da guarda compartilhada, em um ambiente de conflito entre os genitores, imprescindível conhecer e comprovar toda a dinâmica familiar com vistas a uma melhor dose de certeza de que guarda compartilhada é realmente a escolha adequada ao caso.

Desaconselhável deferir a guarda compartilhada em sede inicial da ação, antes da instrução do processo e ainda sem a elaboração de laudos técnicos e/ou oitiva de testemunhas.

De resto, o regime de visitas de finais de semana alternados e quartas-feiras, claro que não se compara ao contato diário, mas preserva, por ora, a presença do pai na vida dos filhos e diminuiu o temor de alienação parental trazido pelo agravante.

Pedido alternativo de alargamento do direito de visita não conhecido, pois não apreciado pelo juízo *a quo*. PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NEGADO SEGUIMENTO. (TJRS – AI 70047564398, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, DJ. 24/02/2012).

A decisão, atribuída ao julgamento acima, demonstra a preocupação do julgador em não se antecipar na definição da guarda compartilhada como a forma mais acertada ao caso, assumindo uma postura de cautela e de preocupação com os resultados jurídicos que possam advir no desfecho da situação fática. Visualiza-se, no exemplo, a improcedência da efetividade da guarda compartilhada mediante atos de alienação parental.

Ante todo o exposto, conclui-se pelo estabelecimento da guarda compartilhada como modelo ideal de guarda, mas que boa parte dos julgadores ainda se mostra cautelosos em sua aplicação diante dos conflitos dos genitores. E que, embora a Lei nº 12.318/10 defina a guarda compartilhada como uma alternativa para inibir ou atenuar a prática de atos de alienação parental, esta medida tem-se mostrado ineficaz quando houver litígio entre o casal e, também, quando já identificados indícios da SAP, pois a alienação já estará em grau mais elevado de desenvolvimento.

Nos exemplos apresentados e vivenciados pelo Direito de Família, constata-se que o posicionamento dos magistrados, mediante casos com comprovada prática de alienação parental, é deixar de aplicar a guarda compartilhada por não se poder cristalizar, nesta, solução fática para o interesse do menor e a situação que lhe seja mais benéfica. Assim, a principal preocupação dos julgadores, ao enfrentarem casos que envolvam a guarda de filhos e atos de alienação parental, deverá voltar-se para a busca da decisão mais favorável ao interesse da criança e do adolescente, mesmo que, para isso, tenham de recorrer à excepcional guarda unilateral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico se propôs ao estudo sobre a efetividade da guarda compartilhada mediante casos de alienação parental, fazendo uma análise sobre os aspectos legais e práticos da aplicação desses novos institutos, do ordenamento jurídico pátrio, no contexto familiar e judiciário, em observância aos princípios constitucionais que norteiam o direito de família.

Possibilitando, assim, a percepção sobre as constantes modificações da família no decorrer do tempo, além das consequências geradas pela dissolução da sociedade conjugal e sobre a legitimação e fortalecimento da afetividade no contexto familiar.

Constatou-se que a sociedade moderna tem presenciado um grande número de filhos de pais separados, tornando relevante a questão da guarda e proteção dos menores, ante a ruptura conjugal dos pais. Assim, houve aperfeiçoamento do instituto da guarda e a inserção de novos arranjos familiares no direito de família, baseados na afetividade.

O término do relacionamento do casal não significa o fim da convivência entre pais e filhos, pois a autoridade parental permanece, juntamente com a necessidade de referencial materno e paterno para os infantes, para que possam se desenvolver em ambiente sadio e afetivo, reduzindo os riscos de possíveis problemas psicológicos.

Nesse contexto, a guarda compartilhada surgiu como a alternativa mais viável às adaptações pelas quais perpassam as famílias de pais em processo de separação, pois ela se propõe a manter a convivência pacífica e a igualdade de direitos e deveres dos genitores, compartilhando as responsabilidades e a participação na vida dos filhos. Logo, preservando o relacionamento até então construído. Desta forma, a guarda compartilhada tornou-se o modelo ideal de guarda, frente à unilateral, visto privilegiar ambos os genitores e possibilitar um maior vínculo entre pais e filhos.

Por outro lado, constatou-se que na situação de ruptura conjugal litigiosa, em que os pais acabam inserindo os filhos no conflito, a guarda compartilhada não se mostra como a mais adequada à situação.

A divergência doutrinária, acerca do tema, evidenciou posicionamentos favoráveis e contrários à adoção da guarda compartilhada. No entanto, demandas

que envolvem disputa pela guarda de filhos, deverão sempre atender ao princípio da proteção integral do menor, como pessoa em condição de desenvolvimento.

Corroborou-se que da quebra dos laços conjugais, poderá resultar a prática de atos de alienação parental, consistindo numa forma de abuso no exercício do poder familiar, ferindo direitos fundamentais da criança e do adolescente, uma vez que os coloca em situação de rejeição ao genitor alienado. Sobre esse tema, temos como causa determinante: o fracasso conjugal de forma traumática. Porém, há várias outras.

Verificou-se, também, que o legislador atribuiu à Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/10), um texto claro e auto-explicativo, traçando conceitos, prevendo punições e definindo formas e instrumentos processuais. Assim, o magistrado pode coibir a prática de tais atos, em combinação com outras leis que tratam do direito de família.

Contextualizando o instituto da guarda compartilhada com o fenômeno da alienação parental, chegou-se à conclusão de que esta modalidade de guarda somente será bem sucedida para casais que, conscientemente, consigam manter diálogo e entendimento após a separação, visando o bem-estar da sua prole. Desta forma, na separação conjugal conflituosa é que se verifica maior probabilidade de atos de alienação parental, sendo, nesses casos, a guarda conjunta ineficaz, conforme explicitado no presente trabalho.

Contudo, a guarda compartilhada revelou-se o modelo ideal de guarda, dando ao pai e à mãe direitos e deveres de forma igualitária, garantindo-lhes maior participação na vida dos menores, bem como a continuidade dos laços afetivos e da convivência com os filhos. Porém, quando constatada a prática de alienação parental por um dos genitores, evidenciou-se a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, pela ação beligerante dos pais.

Portanto, provocou-se a reflexão jurídica acerca da importância da guarda compartilhada, visando tutelar os interesses da criança e do adolescente, além da impossibilidade de efetividade desse modelo de guarda mediante casos em que for constatada a prática de atos de alienação parental.

REFERÊNCIAS

Artigo sobre **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

Artigo Publicado no site do IBDFAM, intitulado: **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas: ensaio sobre alienação parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/765>>, Acesso em: 02 out. 2014.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

ASSEMBLEIA Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 02 out. 2014.

ASSEMBLEIA Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal de Direitos da Criança, 1959**. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/4107.htm>>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 5.582, de 16 de Junho de 1970. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/128544/lei-5582-70>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de Meio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1890;181>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de Abril de 1941. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3200&tipo_norma=DEL&data=19410419&link=s>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.701, de 03 de Setembro de 1946. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126426/decreto-lei-9701-46>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** 132 - RJ. Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento em: 05.05.2011, Dje: 14.10.2011. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** 4277-DF. Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento em: 05.05.2011, Dje: 14.10.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236>

/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf >. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** 1183378 RS 2010/0036663-8, Relatoria: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgamento em: 25.10.2011, DJe: 01.02.2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** 154857 DF 1997/0081208-1, Relatoria: Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, Sexta Turma, Julgamento em:

25.05.1998, DJ: 26.10.1998. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/476260/recurso-especial-resp-154857-df-1997-0081208-1-stj>>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Apelação Cível** 0001352192004.8.19.0011, Relator: Desembargador José Geraldo Antonio, Julgamento: 11/08/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, **Apelação Cível** 2010.016220-8/0000-00, Relator: Desembargador Julizar Barbosa Trindade, Julgamento: 27.07.2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo Interno** 70049349632-RS, Sétima Câmara Cível, Relator: Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgamento em: 13.06.2012. DJ: 18.06.2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22041631/agravo-agv-70049349632-rs-tjrs>>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível** 70047886668, Sétima Câmara Cível, Relator: Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgamento em: 16.05.2012. DJ: 18.05.2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21794922/apelacao-civel-ac-70047886668-rs-tjrs>>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo Interno** 70047564398, Oitava Câmara Cível, Relator: Rel. Rui Portanova, Julgamento em: 24.02.2012. DJ: 28.02.2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21259038/agravo-de-instrumento-ai-70047564398-rs-tjrs>>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Razões e contra-razões para aplicação da guarda compartilhada**. V. 886. São Paulo: RT, 2009.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. **Pacto de San José de Costa Rica, 1969**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose>>. Acesso em: 02 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental**, Maria Berenice Dias. Acesso em 01 de outubro de 2014, disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/home-artigos-sindrome-da-alienacao-parental-alienacao-parental.dept>>. Acesso em: 02 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental**, Maria Berenice Dias. Acesso em 01 de outubro de 2014, disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/home-artigos-sindrome-da-alienacao-parental-alienacao-parental.dept>>. Acesso em: 02 out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** V. 5, 17. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Estatuto da criança e do adolescente.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

GAGLIANOS, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GARDENER, Richard A.(trad). **Terapia Familiar da Síndrome da Alienação Parental do Tipo Moderado.** Tradução para português : SOS-PAPAI E MAMÃE em abril de 2005. Disponível em:< http://www.sos-papai.org/br_solucao.html>. Acesso em 04 out. 2014.

GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental: O bullying familiar.** Leme/SP: Imperium, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: RT, 2010.

LANG, Rosa Sender. **A criança frente à ruptura familiar.** Ano 2000. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/299>>. Acesso em: 02 out. 2014.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística reversa: meio ambiente e competitividade.** São Paulo Prentice Hall, 2003.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar.** 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em: 05 out. 2014

MADALENO, Rolf. **A afetividade como princípio jurídico consagrado no direito de família.** Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 378, p. 24-27, out. 2012.

MARTINS, Ronaldo. **Guarda de filhos de pais separados.** (Parecer). Disponível em: <<http://www.apase.org.br/82003-parecer.htm>>. Acesso em: 02 out. 2014.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.* Belo Horizonte: IBDFAM/-MG/Del Rey, 2000. p. 39-52.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados.** In: BARRETO, Vicente (coord.). *A nova família: problemas e perspectivas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. V. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. *Ajuris* 36, p. 53-64. Porto Alegre, mar. 1986.

PEREZ, Elízio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). *In: Incesto e Alienação Parental*. DIAS, Maria Berenice (Coord). São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso?** 2. ed. rev. atual. Campinas/SP: Armazém do Ipê, 2011.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda compartilhada**. 3. ed. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2012.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio**. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, p. 52-61, jan.-mar. 2001.

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

TEPEDINO, Gustavo e Luiz Edson Fachin. **Diálogos sobre Direito Civil**. Vol. I e II. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2008.

ANEXOS



Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Mensagem de veto

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).” (NR)

“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.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008



Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010.

Mensagem de veto

Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

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.

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

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

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.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

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.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DASILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
Paulo de Tarso Vannuchi
José Gomes Temporão

Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010