

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA PAULA GONÇALVES FAGUNDES

**LEI 13.058/14: A LEI DE GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA COMO
INSTRUMENTO EFICAZ CONTRA A ALIENAÇÃO PARENTAL**

São Luís
2016

ANA PAULA GONÇALVES FAGUNDES

LEI 13.058/14: a lei de guarda compartilhada obrigatória como instrumento eficaz contra a alienação parental

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof(a). Ma. Caroline Louise Albuquerque Peirera

ANA PAULA GONÇALVES FAGUNDES

LEI 13.058/14: a lei de guarda compartilhada obrigatória como instrumento eficaz contra a alienação parental

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / 2016. Nota: ____

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Caroline Louise Albuquerque Pereira
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

2º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

Dedico esta conquista aos meus pais, pois seus braços acolhedores, sorrisos revigorantes e palavras encorajadoras nunca me faltaram quando precisei. Foi assim nos primeiros passos, nas primeiras leituras, e é assim até hoje. Minha vida tem sido inspirada e impulsionada pelo amor de vocês.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao Criador, Deus da minha vida, a razão de ser e existir.

Agradeço aos meus amados pais, Elson e Ana, pois, cada vez que precisei de forças para aceitar um novo desafio, encontrei no olhar de vocês a segurança, apoio e incentivo necessários para prosseguir. Aproveitando o tema da presente monografia, agradeço também aos dois por não desistirem do matrimônio; neste mundo de relações comerciais, vocês são meu exemplo real e belo de perdão, compreensão, amor e amizade.

Agradeço às minhas irmãs queridas e divertidas, Ana Letícia e Ana Júlia – vocês são as melhores amigas que alguém pode ter. Compartilhar a vida com vocês a torna mais colorida e fácil.

Agradeço ao meu grande amor, Valter Filho, por acreditar em mim todas as vezes em que eu não acreditei, por tornar meus dias doces, belos e divertidos. Obrigada por ser abrigo, proteção, porto seguro, médico e amigo.

Agradeço ao corpo docente do curso de Direito da UFMA, com quem aprendi não somente o conteúdo das aulas. Mais que isso, aprendi a amar a ciência do Direito e a ser zelosa enquanto operadora deste.

Agradeço aos amigos de turma, em especial a Mariana, Francisco, Andréa e Marquinhos, por enriquecerem não só o meu aprendizado, mas também a minha vida.

“A verdadeira felicidade está na própria casa,
entre as alegrias da família.”

(Leon Tolstoi)

RESUMO

A convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento sadio e integral da criança e do adolescente, conforme consagra a Constituição Federal de 1988. Em casos de divórcio, é comum que os pais, magoados e ressentidos um com o outro, permitam que tais sentimentos extrapolem a esfera do relacionamento entre os dois, e atinja também os filhos. Neste cenário, frequentemente um dos pais, movido por sentimentos de raiva e vingança, utiliza o filho como instrumento de chantagem, implantando no menor sentimentos de ressentimento e mágoa contra a pessoa do outro genitor, configurando-se assim a alienação parental. Essa prática é facilitada nos casos em que um dos genitores detém exclusivamente a guarda do menor. Em dezembro de 2014, foi sancionada a Lei 13.058/2014, a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, cujos dispositivos determinam expressamente a preferência da implantação da guarda compartilhada, em lugar da guarda unilateral. A partir dessas considerações, uma vez definidas as características da alienação parental e suas consequências danosas para o menor, e analisadas as inovações e mudanças promovidas pela Lei 13.058/2014, o presente trabalho busca demonstrar a eficácia da Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória como instrumento eficaz contra a alienação parental.

Palavras-chave: Alienação Parental. Guarda Compartilhada. Melhor Interesse do Menor. Igualdade entre os Pais. Família.

ABSTRACT

Living together with the family is fundamental for teenager's and children's healthy and complete development, as the Federal Constitution from 1988 consecrates. In case of divorce, it is very common for parents to, once injured and resentful with each other, allow those feelings to extrapolate the limits of their relationship, hurting their children. In this scenario, frequently one of the parents, driven by rage and desire for revenge, uses the child as a blackmail instrument, inculcating in the child's heart and mind feelings of resentment and sorrow against the other parent, occurring this way the parental alienation. This practice is much easier when one of the parents has, exclusively, the child's custody. In December of 2014, it was sanctioned the 13.058/2014 Law, The Compulsory Joint Custody Law, whose articles express clearly the preference for joint custody implantation, instead of the singular custody. From these considerations, once defined the parental alienation characteristics and its damaging consequences to the child, and analyzed the innovations e changes fomented by the 13.058/2014 Law, this paper seeks to demonstrate the efficiency of the Compulsory Joint Custody Law as a efficient instrument against parental alienation.

Palavras-chave: Parental Alienation. Joint Custody. Children's Best Interest. Equality Between Parents. Family.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DE PODER FAMILIAR	11
2.1 Breve histórico acerca da família	11
2.2 A família brasileira.....	14
2.3 O poder familiar e suas características.....	18
3 A GUARDA DOS FILHOS	21
3.1 Conceito de Guarda.....	21
3.2 Evolução histórica do instituto da guarda no direito brasileiro.....	22
3.3 Espécies de guarda.....	24
3.3.1 Guarda Unilateral.....	24
3.3.2 Guarda Alternada.....	26
3.3.3 Guarda Nidal.....	26
3.3.4 Guarda Compartilhada.....	27
4 A GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA E A ALIENAÇÃO PARENTAL	30
4.1 Alienação parental: conceito e características.....	30
4.1.1 Sintomas e consequências da Síndrome da Alienação Parental.....	33
4.2 Lei 13.058/2014: A Guarda Compartilhada Obrigatória.....	35
4.2.1 Alterações causadas pela Lei 13.058/2014 e seu impacto no combate à alienação parental.....	37
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

A família constitui a base da sociedade. Portanto, tudo o que está relacionado ao seu desenvolvimento, manutenção, perpetuação ou dissolução tem especial proteção do Estado. Isso ocorre porque o próprio Estado, uma vez alicerçado na família, depende dela para se desenvolver de forma equilibrada.

O Direito, enquanto ciência, caminha no compasso das constantes mudanças pelas quais passa uma sociedade sempre em metamorfose, mudanças estas que alcançam também o núcleo familiar. Logo, não seria possível para o Direito ignorar o crescente número de rupturas familiares ocasionadas pelo divórcio, em virtude das graves consequências que este pode trazer para os filhos menores e também para os pais, na medida em que afeta o exercício do poder parental.

Frequentemente, o divórcio ocasiona feridas e mágoas profundas nos ex-cônjuges, que estabelecem uma guerra velada entre si e, não raro, utilizam-se dos filhos menores como armas para ferir um ao outro. É nesse contexto que acontece a alienação parental, caracterizada pela influência que um dos pais exerce sobre o filho, no sentido de fazê-lo rejeitar o seu ex-cônjuge. A criança, então, passa a substituir os sentimentos antes de afeto, segurança e amor por seu pai/sua mãe, por rejeição, desprezo, mágoa, medo, e até mesmo ódio.

É nesse quadro que muitas e enormes perdas podem ser percebidas: perde a criança a segurança e alegria de crescer rodeada pelo amor, cuidado e pela presença de ambos os pais; perde o alienador, que priva seu filho de crescer física e emocionalmente pleno; e perde o alienado, por deixar de participar ativamente da vida de seu filho, e vê tolhido o exercício do seu poder parental.

Foi neste contexto que, primando pelos princípios do Melhor Interesse do Menor, do Direito do Menor à Convivência Familiar e da Igualdade entre os Pais, foi editada a Lei 13.058/2014, que regula a Guarda Compartilhada obrigatória.

Tal Lei possibilita uma relação familiar saudável mesmo após a ruptura ocasionada pelo divórcio, uma vez que proporciona à criança a oportunidade de conviver com seus pais de maneira equilibrada, tendo ambos – pai e mãe – o pleno exercício do poder parental de forma prática, pois os dispositivos da Lei 13.058/2014 estabelecem os parâmetros pelos quais deve se orientar a guarda compartilhada física dos filhos menores.

A Lei 13.058/2014 é um instrumento eficaz contra a alienação parental, à medida em que determina de forma clara a obrigatoriedade que tem ambos os pais na participação ativa na vida de seus filhos menores, não podendo tal direito ser prejudicado, a não ser por decisão judicial fundamentada.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DE PODER FAMILIAR

2.1 Breve histórico acerca da família

O homem é um animal naturalmente social, motivo pelo qual está sempre em busca de convivência e socialização em grupos, unindo-se aos seus semelhantes à medida que os interesses e afinidades são comuns.

A família é o grupo social primário, e constitui unidade básica de formação da sociedade. Contudo, o seu conceito não tem sido o mesmo ao longo dos tempos, uma vez que ele é mutável. Por isso, deve ser estudado e interpretado no contexto histórico de determinada sociedade, em determinada época (MADALENO; MADALENO, 2015)

Hoje, a noção atual de família é diferente da que predominava nas antigas civilizações e está em constante transição, pois seu conceito muda à medida que o homem muda a maneira como se relaciona com seus pares (MADALENO; MADALENO, 2015)

Atualmente, o principal modelo de família que se conhece é aquele que se origina a partir da filiação, ou seja, a família se forma a partir da procedência, da relação que une uma pessoa àquelas que a geraram. A filiação pode ser interpretada por sua configuração natural, quando a criança é oriunda do material genético dos pais, ou por sua configuração afetiva, quando pais que não participaram do material genético da criança assumem a responsabilidade por sua criação (MADALENO, 2015)

Todavia, este nem sempre foi o modo de formação da família, pois, na sociedade primitiva, o critério de formação das famílias era a segurança que aquele grupo de pessoas poderia oferecer, e não necessariamente a consanguinidade. Numa realidade em que a exposição aos agentes da natureza era excessiva, importava unir-se em prol da sobrevivência mútua. Com o surgimento da agricultura, essas comunidades passaram a experimentar maior convivência familiar, pois foi possível abandonar o nomadismo e passar a viver fixamente em um só local. (MADALENO, 2015)

Na Roma Antiga, a família passou a ser essencialmente patriarcal: o *pater familias* era o dono de toda a propriedade, e todos os membros da família estavam

sob o domínio de sua *patria potestas*, independentemente de sua idade ou estado civil. Neste contexto histórico, os demais componentes da família não tinham sequer personalidade jurídica, e até mesmo os escravos e os agregados eram considerados parte da família do *pater* – que chegava a ser demasiadamente numerosa, e seu domínio era pleno: ele era detentor de total autoridade sobre todos os membros de sua família, bem como era o único proprietário de toda a propriedade por ela ocupada. Além disso, ele era responsável pela disciplina de todos os que habitavam em suas dependências, e a ele se sujeitavam seus filhos e noras, sua esposa, os escravos e agregados, e todos os que chegavam às suas terras em busca de abrigo e proteção. Tinha poderes também para além dos limites de sua propriedade, pois era representante político e religioso de sua família, sendo responsável por administrá-la enquanto célula importante na formação e sustentação do Estado, e ainda pela condução da religião dentro do lar (MADALENO; MADALENO, 2015)

Conforme leciona J.M.O Nogueira (*apud* MADALENO, p.22):

Esse culto não era público, todas as cerimônias eram celebradas apenas entre os familiares e possuía um caráter obrigatório, além de secreto. Ninguém que não fosse da família podia presenciar tais ritos, nem tampouco avistar o fogo sagrado. (...) A religião doméstica – baseada no culto aos mortos ao determinar a existência, em cada casa, de um lar com o fogo sagrado sempre aceso, e a reunião diária da família em torno dele para adoração aos seus deuses, demonstra que o que caracteriza a família é a possibilidade de cultuar e adorar os mesmos deuses, sob o princípio da autoridade paterna. (...) O critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consanguinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater familias*. Dessa feita, a família, ou gens era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um único chefe, o *pater familias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.

O pátrio poder não era necessariamente exercido pelo pai, pois podia ser privilégio do avô, ou do filho mais velho. O poder era tão abrangente, que ao *pater* era facultado decidir sobre a vida ou morte de um filho, caso este nascesse com alguma deficiência, ou lhe causasse qualquer tipo de vergonha ou desonra. (MADALENO, 2015)

Até então, era comum o casamento endogâmico, que se caracterizava pelo casamento entre pessoas da mesma família. Foi no contexto da civilização romana que se verificou a transição do casamento endogâmico para o casamento exogâmico aquele realizado entre grupos diversos, que não tinham parentesco entre si, o que se deu em virtude do surgimento da *gens*, “(...) em que o nome era o

elo entre seus integrantes – os *gentiles*, ou a família gentílica, sendo eles descendentes de um só antepassado comum” (MADALENO, 2015, p.16), e também porque se percebeu as vantagens do casamento entre pessoas que não tinham parentesco entre si. (MADALENO; MADALENO, 2015)

A influência da religião cristã, que posteriormente tornou-se a religião oficial de Roma, mitigou o poder do *pater*, pois influenciou a sociedade com seus pilares de igualdade entre os cônjuges, bem como deveres e direitos imanentes tanto aos pais quanto às mães (MADALENO; MADALENO, 2015)

Os ensinamentos da igreja ocasionaram significativa mudança na configuração da família, que passou a ser nuclear, formada por pai, mãe e filhos. Com isso, o Estado aumentou sua intervenção na relação familiar, o casamento se tornou indissolúvel, e o sexo tornou-se algo restrito somente à finalidade de procriação (MADALENO; MADALENO, 2015)

Com o surgimento do Iluminismo e com a Revolução Francesa, passou-se a questionar a hierarquia familiar e os sentimentos que permeavam as relações dentro do lar. Rousseau (apud MADALENO, 2015) fomentou a ideia de que o vínculo familiar deveria ser mantido somente em razão do afeto nutrido entre seus membros, uma ideia até então inconcebível. A partir de então, os casamentos passaram a não ser mais combinados em função de fatores econômicos e políticos, mas começaram a ser fruto da escolha dos cônjuges, baseados no afeto que estes nutriam um pelo outro.

Em virtude da Revolução Industrial, houve aumento na necessidade de mão de obra, e as mulheres ingressaram no mercado de trabalho, passando assim a contribuir com o sustento do lar. Com isso, o homem deixou de ser a única fonte de subsistência da família, e tal mudança marcou o início da ruptura com o modelo patriarcal. Foi nessa época que surgiram as escolas particulares e também as primeiras sociedades protetoras da criança – que até então não eram tratadas de forma digna, pois, além de serem criadas pelas amas de leite até os 6 anos, depois eram enviadas para conventos (no caso das meninas) ou internatos (no caso dos meninos) (MADALENO, 2015)

A partir de então, a família deixou os campos, migrou para a cidade e passou a conviver em propriedades menores, o que aumentou o convívio e o contato dos familiares entre si, pois os laços de afeto passaram a ser relevantes não só no

momento do casamento, mas também no decorrer do matrimônio e no relacionamento dos pais com os filhos (DIAS, 2016)

A revolução sexual de 1960 foi também um grande marco na alteração da configuração das famílias, conforme leciona Madaleno:

Outra grande contribuição para a transformação das relações familiares foi a revolução sexual de 1960, em que os jovens se rebelaram contra os períodos de guerra passados na sua infância e pela juventude roubada da geração anterior. Essa gênese se afasta totalmente da Igreja e do Direito, por entender que tais instituições não fornecem respostas ou soluções às suas ânsias. Os anos 1960 e 1970 são tomados por novos paradigmas sexuais de total liberdade, e não só a castidade é abolida como as uniões pré-conjugais tornam-se prática comum. (MADALENO; MADALENO, 2015, p. 22)

A partir da revolução sexual, a escolha do parceiro passou a ser orientada por motivos de desejo sexual, afeto, sentimento, extinguindo-se as uniões conjugais motivadas somente por questões econômicas e políticas (MADALENO, 2015)

Nessa esteira, surgiu também o movimento feminista, que estimulou as mulheres a perseguirem sua realização não só no âmbito familiar, mas também fora dele. E assim, as mães passaram então a exercer jornada dupla: dentro de casa, nos afazeres domésticos e fora de casa, no mercado de trabalho, o que levou os homens a participarem mais ativamente da criação dos filhos e da vida doméstica. (MADALENO, 2015)

As relações, neste contexto, são baseadas principalmente nos laços de afeto e carinho nutridos entre os entes familiares, e o matrimônio não tem mais aspecto de instituição eterna, sendo mantido somente enquanto perduram os sentimentos de carinho e afeto entre os cônjuges (MADALENO, 2015)

2.2 A família brasileira

No Brasil colonial, houve a absorção do modelo patriarcal de organização familiar, por meio do qual o *pater familias* detinha todo domínio e poder, a mulher não tinha autonomia para os atos da vida civil, necessitando de seu amparo e autorização para a realização destes, e os filhos estavam sujeitos à sua autoridade e aos seus castigos, que incluíam até mesmo a detenção (MADALENO, 2015)

No esboço do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, editado entre 1860 e 1865, no art. 1.518, o poder paterno autorizava o pai a corrigir e

castigar moderadamente os seus filhos, podendo requerer ao Juiz dos Órfãos autorização para a detenção dos filhos por até quatro meses na casa correcional, sem direito a recurso (MADALENO; MADALENO, 2015, p. 25)

O Código Civil de 1916 revelava uma família patriarcal, patrimonialista, fortemente hierarquizada, que rejeitava os filhos havidos fora do casamento. Nele, era possível identificar o casamento como “uma instituição que devia ser protegida e enaltecida pelo ordenamento jurídico (...). Dessa importância decorria, ainda, a sua indissolubilidade e a rejeição aos filhos ilegítimos, porque havidos fora do casamento” (MADALENO, 2015, p.21) (MADALENO, 2015)

Porém, muitas eram as mudanças sentidas no seio da sociedade e, conseqüentemente, no seio das famílias brasileiras. Com o passar do tempo, aquele código civil conservador e patriarcal já não correspondia ao modo de ser e pensar dos cidadãos (MADALENO, 2015).

Nesse viés, uma das primeiras iniciativas legislativas foi o Estatuto da Mulher casada, que emancipou a mulher, antes dependente de seu marido para a prática de alguns atos da vida civil, e tipificou o exercício do pátrio poder em favor tanto do pai quanto da mãe, e não somente em favor do pai, como outrora. Porém, “a igualdade real na chefia da sociedade conjugal, cujo primado atualmente deve ser estendido aos companheiros que vivem em uma união estável, só foi legalmente consagrada com a promulgação do art. 226, §5º, da Carta Política de 1988”. (MADALENO; MADALENO, 2015, p. 25)

O principal marco de todas essas mudanças foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu como um de seus principais pilares a igualdade, e os reflexos disto foram sentidos no seio das famílias brasileiras. A dignidade da pessoa humana foi constituída como fundamento do Estado Democrático de Direito, e o Direito Civil deixou de ser essencialmente patrimonial, para voltar-se para a pessoa. A dignidade de cada um dos membros da família, e não somente a do patriarca, passou a ser importante. Dessa forma, a solidariedade e a isonomia, consagradas no texto expresso da Magna Carta ocasionaram profundas alterações nas relações entre os cônjuges (MADALENO, 2015)

Os artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988 estabelecem previsão específica relacionada à família:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato

infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Entre outras coisas, os preceitos contidos nestes artigos estabelecem a família como base da sociedade, digna de especial proteção do Estado; permitem que o casamento seja direito de todos (anteriormente somente a elite tinha este privilégio, pois eram altas as despesas necessárias para o casamento), e reconhecem inclusive a união estável como entidade familiar. Esse reconhecimento possibilitou a aceitação de configurações familiares diferentes daquela tradicionalmente conhecida, como por exemplo, a união homoafetiva. (MADALENO, 2015)

(...) união esta que foi reconhecida em 04 de maio de 2011, pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, no sentido de excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impedisse a união entre pessoas do mesmo sexo (MADALENO, 2015, p. 23)

A mulher foi colocada em posição igual à do homem, no que tange aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal; os filhos – quer tenham sido eles havidos dentro do casamento ou fora dele – foram considerados iguais em direitos, e foi permitido o divórcio sem que seja necessário o lapso temporal entre a separação judicial e o divórcio (MADALENO, 2015).

A Lei Maior estabelece expressamente o compromisso do Estado com a manutenção e proteção da família, ao definir que este deve criar mecanismos capazes de coibir a violência familiar, programas de integração social, bem como de prevenção ao uso de drogas, deve providenciar atendimento a portadores de necessidades especiais, dentre outras medidas previstas no art. 226, §8º e art. 227 (MADALENO, 2015).

2.3 O Poder familiar e suas características

Ante as grandes mudanças trazidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Civil também precisou passar por atualizações, pois seus preceitos já não condiziam com a realidade vivenciada na sociedade. Assim, sendo pai e mãe considerados iguais perante a lei para o exercício de autoridade com seus filhos, o legislador civilista, em 2002, abandonou o termo “pátrio poder”, que denotava poder somente do pai, e adotou o termo “poder familiar”, que inclui ambos os progenitores. Conforme as lições de Maria Helena Diniz (*apud* FIGUEIREDO, 2014, p.13), poder familiar pode ser definido como:

um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Para Conrado Paulino da Rosa,

Trata-se de um caminho de mão dupla, pois impõe deveres e reconhece direitos, não se podendo ignorar que seu exercício se concentra, exclusivamente, no interesse do filho. O poder familiar, hoje, é visto como um dever dos pais em relação aos seus filhos. Ele não se limita à educação ou aos cuidados físicos, mas se estende para proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes, e os alimentos, por sua vez, são meios de obter melhores condições de crescimento físico, emocional e intelectual dos filhos. (2015, p. 14)

Para Arnaldo Rizzardo (*apud* MADALENO, 2015, p. 28),

Atualmente, preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar; os filhos não são mais vistos como esperança de futuro auxílio aos pais. O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoas destes e a seus bens.

O tema é regulamentado pelo Código Civil de 2002, arts. 1.630 a 1.638, que estabelecem a condição de filiação como único requisito para o exercício do poder familiar, não sendo mais necessário o matrimônio. Ele “decorre da paternidade natural, sendo um atributo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Ademais, qualquer tentativa de renúncia ao poder familiar é obrigatoriamente nula, e

as obrigações decorrentes deste vínculo são personalíssimas. ” (MADALENO; MADALENO, 2015, p. 29)

A expressão “poder familiar” nem sempre é bem aceita pela doutrina, que alega ter este termo a acepção de “poder físico sobre o a pessoa do outro” (ROSA, 2015, p.15). São mais bem aceitas as expressões “autoridade parental” e “função parental”. (MADALENO, 2015)

Mesmo em discordância no que se refere à expressão mais adequada para designar o poder-dever que ambos os genitores têm para com seus filhos, a doutrina tem conceituado tradicionalmente o poder familiar como

múnus público, representando um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige enquanto durar a menoridade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com vistas a sua educação e desenvolvimento. Representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros. (ROSA, 2015, p. 15)

O exercício da autoridade parental é balizado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana no que se refere ao menor, pois aos pais cabe o ônus, que lhes é atribuído pela sociedade organizada, de promover a educação, saúde e bem-estar de seus filhos. É nesse mister que se encontra a função social do poder parental, e dele deflui um princípio mais específico, que é fundamento para todos os deveres dos pais: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (ROSA, 2015).

Conforme preleciona Fábio Vieira Figueiredo,

O poder familiar gera para seus titulares direitos e deveres que lhe são garantidos para a proteção da criação do menor, bem como a administração do seu patrimônio. O intuito da norma é a proteção ampla do menor, enquanto estiver sob esta condição, até que ocorra uma das causas de extinção do poder familiar elencadas no art. 1.635 do Código Civil. (2015, p. 21)

Enquanto não for extinto o poder familiar, os pais têm, dentre outros, o direito de dirigir a educação e a criação do filho, participando das propostas educacionais que a ele se referirem, conforme leciona Maria Helena Diniz (*apud* FIGUEIREDO, 2015, p. 20).

Provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes ainda dirigir espiritual

e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e dignidade (ECA, arts. 1º, 3º, 4º e 15º). (...)

Cabe aos pais o direito de ter a guarda e companhia do menor, podendo socorrer-se de medidas judiciais para reclamá-lo de quem ilegitimamente o detenha, e isso inclui a possibilidade de proibi-lo de frequentar locais considerados inadequados pelos pais, de impedi-lo de sair em determinados horários, e de restringir seu uso de telefone e internet, sempre observando o bom senso e a necessidade (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014)

Diante disso, diversos institutos jurídicos passaram por mudanças, a fim de se conformarem às alterações trazidas pelos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor e da igualdade entre os pais. É que outrora, a criança não era tratada como sujeito de direitos, cabendo-lhe apenas o papel de sujeitar-se à autoridade dos pais, ou melhor, do pai, que permanecia emocional e fisicamente distante, porém, por ser o provedor, ocupava a posição de autoridade suprema no ambiente doméstico. As crianças eram submetidas a castigos físicos e punições frequentemente, e seus sentimentos não eram levados em consideração, sendo tal conduta socialmente aceita e até mesmo estimulada (ROSA, 2015).

Com os novos paradigmas traçados pela Magna Carta de 1988, a realidade das famílias brasileiras mudou, e as suas relações, antes verticalizadas, são agora horizontalizadas, pois abandonou-se a figura do *pater familias* enquanto chefe, que exercia sua autoridade perante a esposa e os filhos, e este passou a ser considerado igual à mãe em direitos e deveres, tanto no relacionamento conjugal quanto no exercício do poder parental, em decorrência do princípio da igualdade entre os pais. As decisões relativas aos cuidados e educação da prole passaram a ser tomadas em conjunto, levando em consideração, inclusive, os desejos do menor, suas necessidades, sua satisfação pessoal. Logo, os filhos não mais são considerados pessoas somente sujeitas à autoridade paterna, uma vez que seus direitos ganharam espaço na relação com os pais, que passaram a priorizar sua formação intelectual, física e emocional (ROSA, 2015).

3 A GUARDA DOS FILHOS

3.1 Conceito de guarda

Ante a nova configuração da família, que hodiernamente permanece unida pelo matrimônio somente enquanto perduram os laços afetivos entre os cônjuges, aumentou consideravelmente o índice de divórcios, e o legislador pátrio não poderia permanecer alheio a essa realidade. Desta forma, preocupou-se em regular as situações de rompimento da família, quer seja este decorrente da morte ou da vontade dos cônjuges (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014)

Como não poderia deixar de ser, uma das principais preocupações do legislador foi em relação aos efeitos do divórcio sobre as relações pessoais entre os membros da família, predominantemente sobre os filhos menores. Nesse viés, passou-se então a analisar a questão em torno da guarda dos filhos menores, tendo sempre como pilar o princípio do Melhor Interesse do Menor (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014).

A expressão “guarda” remete à ideia de proteger, vigiar, cuidar daquilo que é frágil e tem valor. Ela apresenta um sentido de segurança, proteção, que é um direito-dever inerente aos pais desde o momento do nascimento do filho. A guarda dos filhos é pressuposto para que os pais possam exercer todos os deveres e direitos iminentes ao poder familiar. (ROSA, 2015)

Para Ana Carolina Carpes Madaleno,

A guarda é uma atribuição do poder familiar e, também, um dos aspectos mais importantes dos efeitos do divórcio de um casal, uma vez que decide questões relativas às pessoas emocionalmente mais vulneráveis da relação, por não possuírem sua capacidade de discernimento totalmente formada. O titular fica com o filho sob seus cuidados diretos, na mesma residência, ou seja, na medida do possível mantém inalterada sua situação de antes da separação (MADALENO, 2015, p. 35).

Conforme as lições de Conrado Paulino da Rosa,

O instituto da guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 1.694, II, do Código Civil) e deve atender aos interesses da criança, obrigando seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional, bem como garantir que seus direitos não sejam violados ou ameaçados. (ROSA, 2015, p. 52)

O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente leciona sobre a guarda, da seguinte forma:

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.

A guarda é, portanto, uma aplicação do direito de convivência que os pais tem em relação aos filhos, e também é uma condição para que aqueles exerçam todos os deveres de assistência, proteção, educação e cuidado em relação a esses, devendo ser sempre observado o Princípio do Melhor Interesse do Menor no exercício deste direito-dever. (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014)

3.2 Evolução histórica do instituto da guarda no direito brasileiro

O Código Civil de 1916 trazia em seu bojo previsão quanto ao instituto da guarda, e nele estava determinado que, caso a dissolução do matrimônio fosse consensual, caberia aos pais a decisão quanto à guarda dos filhos menores. Caso a separação fosse decorrente de culpa, a guarda dos filhos caberia ao cônjuge que não houvesse dado causa à dissolução do casamento. Contudo, se ambos os cônjuges fossem considerados culpados pela separação, os filhos ficariam em poder da mãe – que detinha a guarda das meninas até a maioridade, e dos meninos somente até que estes completassem 6 anos, quando passariam a viver com o pai (MADALENO; MADALENO, 2015)

Com a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada, a Lei 4.121/1962, a idade e o sexo dos filhos deixaram de ser fatores importantes na decisão quanto à guarda destes, porém ainda era questão relevante a culpa, ou seja, qual dos cônjuges deu causa ao divórcio. Ainda de acordo com tal estatuto, caso ambos os pais não pudessem ficar com os filhos, a guarda deveria ser deferida ao parente daquele que não deu causa ao divórcio (MADALENO; MADALENO, 2015).

O Código Civil de 2002 manteve a possibilidade outorgada aos cônjuges de escolherem com quem ficaria a guarda dos filhos menores em caso de divórcio consensual, porém trouxe significativa mudança ao preceituar que, caso não houvesse acordo entre os cônjuges, a guarda seria concedida àquele que tivesse melhores condições para exercê-la. O referido diploma ainda dispôs sobre a

possibilidade de ser a guarda deferida a terceiro, caso nem o pai nem a mãe pudessem exercê-la, sendo respeitada a relação de parentesco e de afetividade entre o menor e o terceiro (TARTUCE, 2016).

É importante salientar que, com o Código civil de 2002, a culpa deixou de ser fator relevante na escolha do cônjuge que deteria a guarda dos filhos, e a única condição a ser analisada pelo juiz no caso concreto seria qual dos pais oferecia melhores condições de deter a guarda dos menores (TARTUCE, 2016).

Em homenagem ao princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, a doutrina cuidou de preencher a expressão *melhores condições*, uma vez que esta se trata de cláusula geral. Nesse viés, a professora Maria Helena Diniz apontou três referenciais de continuidade aptos a auxiliar o juiz na tarefa de definir a guarda do menor (*apud* TARTUCE, 2016, p. 1319):

1. Continuum de *afetividade*: o menor deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo.
2. Continuum *social*: o menor deve ficar onde se sente melhor, levando-se em conta o ambiente social, as pessoas que o cercam.
3. Continuum *espacial*: deve ser preservado o espaço do menor, o “envoltório espacial de segurança.

A Lei 11.698/2008 inovou o instituto da guarda ao trazer expressamente duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada. A guarda unilateral seria aquela concedida a um só dos cônjuges ou a um terceiro, sendo sua principal característica o fato de ser exercida por uma só pessoa. Já a guarda compartilhada, seria aquela atribuída aos dois genitores, e nela ambos são responsáveis pelo exercício dos direitos e deveres referentes ao poder familiar, mesmo que não convivam na mesma residência (TARTUCE, 2016).

Outra inovação trazida pela lei em comento foi o estabelecimento de critérios objetivos definidores da expressão “*melhores condições*”, “[...] a saber: a) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; b) saúde e segurança; c) educação” (TARTUCE, 2016, p. 1320).

Em 2014, em resposta ao clamor da população, que se mobilizou via redes sociais, foi sancionada a Lei 13.058/2014, também conhecida como Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, que permanece em vigor até os dias atuais. A referida lei trouxe significativas mudanças ao Código Civil, no que tange à proteção à pessoa dos filhos, principalmente ao tornar a guarda compartilhada a regra, e ao regular a

guarda compartilhada física, definindo claramente o direito de ambos os genitores ao exercício do poder familiar, mesmo após o rompimento dos vínculos matrimoniais.

A Lei de Guarda Compartilhada Obrigatória trouxe novos conceitos ao instituto da guarda, e seus preceitos foram inspirados pelos princípios do Melhor Interesse do Menor, do Direito do Menor à Convivência Familiar e da Igualdade entre os Pais.

3.3 Espécies de guarda

3.3.1 A guarda unilateral

A guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, conforme preceitua o art. 1.583, §1º do Código Civil. O guardião do menor possui sua guarda física, e é o único que detém o poder de tomar decisões quanto à sua vida (ROSA, 2015).

Antes da Lei 13.058/2014, a escolha do guardião, em caso de divórcio litigioso, era de competência do juiz, que atribuiria a guarda a quem oferecesse melhores condições. A decisão era tomada com base em três critérios previstos no art. 1.583, §2º da legislação civilista: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação (ROSA, 2015).

Após a edição da Lei 13.058/2014, a regra, mesmo em caso de divórcio litigioso, passou a ser a guarda compartilhada. O texto do art. 1.583, §2º, que dispunha sobre os critérios para a escolha do cônjuge mais habilitado a deter a guarda do menor foi revogado, e em seu lugar foi determinado que “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (ROSA, 2015).

A preferência pela guarda compartilhada fica também evidente na determinação contida no art. 1.584, §1º, segundo o qual o magistrado, durante a audiência, deve informar aos pais a importância e o significado da guarda compartilhada (DIAS, 2016.)

Ao tornar a guarda compartilhada a regra, a exceção passou a ser a concessão da guarda unilateral, que pode ser concedida caso um dos genitores declare ao juiz que não deseja exercê-la (ROSA, 2015).

O genitor a quem não for conferida a guarda tem ainda direitos garantidos pela alteração trazida pela Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, conforme art. 1.583, §5º do Código Civil:

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Conforme leciona Conrado Paulino da Rosa,

Na pós-ruptura, o genitor que obtenha a guarda assume unipessoalmente o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos conjuntamente, sem prejuízo, entretanto, do direito do outro de ter uma adequada comunicação com o filho e supervisionar sua educação. Há, assim, uma redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do essencial de suas prerrogativas ao genitor não guardião.

(...)

Dessa forma, apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos (2015, p. 57 e 58).

O genitor não guardião tem não somente o direito, mas o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Para garantir que isso ocorra, ele pode solicitar informações e prestação de contas em todos os estabelecimentos e em todas as situações que estejam ligadas ao bem-estar, saúde e educação de seu filho (DIAS, 2016).

Na escola, por exemplo, o genitor não guardião pode solicitar informações referentes às notas, rendimento e comportamento de seu filho, sendo a escola, por lei, proibida de negar tais informações, sob pena de multa que varia de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 reais, conforme art. 1.584, §6º do Código Civil (DIAS, 2015).

A guarda unilateral comumente termina por causar afastamento entre o genitor não guardião e o filho, pois o contato entre estes ocorre apenas nos dias de visita, e não raro dura apenas algumas horas, ou no máximo 48h, período correspondente ao final de semana (DIAS, 2015).

Tal cenário, frequentemente torna o litígio entre os pais ainda mais acirrado, pois o guardião muitas vezes impõe regras aos encontros do menor com o genitor não guardião, permitindo-os somente sob suas condições e requisitos, além de deixar transparecer para o filho sentimentos de discordância, aversão e desaprovação. O genitor que não detém a guarda passa então a ser um visitante, podendo vir a ser somente um estranho para o menor (ROSA, 2015).

3.3.2 Guarda alternada

A guarda alternada é aquela que pressupõe a alternância do menor entre as residências dos pais: ora ele permanece na casa do pai, ora na casa da mãe. Não há previsão legal para esse tipo de guarda, porém é possível encontrar sua aplicação no dia a dia de algumas famílias, uma vez firmado acordo entre as partes nesse sentido. (MADALENO; MADALENO, 2015)

Trata-se de tema controverso, pois a doutrina considera tal prática nociva ao bem estar da criança. Para Ana Maria Milano Silva

É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica, uma vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e difere substancialmente quando passa um período de férias com o genitor não guardião.
(*apud* MADALENO, 2015, p. 112)

A guarda alternada pressupõe que, enquanto o genitor está com o menor sob sua guarda, mantém exclusivamente todos os direitos e deveres próprios do exercício do poder familiar (ROSA, 2015).

Este modelo, segundo Fernanda Rocha Lourenço (*apud* Conrado Paulino da Rosa, 2015, p. 59), “é reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança” (ROSA, 2015).

3.3.3 Guarda nidal

A guarda nidal, também conhecida por “aninhamento”, sugere que o menor tenha uma residência fixa, na qual os seus pais permaneceriam alternadamente,

proporcionando ao filho a possibilidade de conviver com eles mesmo depois do divórcio e, ao mesmo tempo, ter uma só residência (ROSA, 2015).

Essa modalidade de guarda é pouco prática para os pais, pois pressupõe a existência de uma terceira casa, diferente da casa do pai e da mãe, na qual a criança residiria. Ao invés de permanecer somente com um dos genitores, ou de alternar entre as residências do pai e da mãe, o menor teria em sua casa a presença do pai por determinado período, e depois da mãe (MADALENO; MADALENO, 2015).

Apesar de visar à proteção do bem-estar do menor, que teria um referencial mais sólido por não precisar se mudar de tempos em tempos, e nem abrir mão totalmente da convivência com um de seus pais, a guarda nidal demanda custos mais elevados, pois os pais teriam que arcar com o sustento e manutenção de uma terceira residência, além daquelas onde habitam; outro empecilho é o possível enlace matrimonial de um dos genitores que, caso venha a contrair matrimônio e ter outros filhos, teria dificuldades em deixar seu novo lar para passar alguns dias na casa de seu filho (ROSA, 2015).

3.3.4 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada surgiu no Brasil com a promulgação da Lei 11.698/2008, e tem por principal escopo a manutenção dos direitos tanto do pai, quanto da mãe, ao exercício do poder familiar, muito embora já se tenham dissolvidos os laços matrimoniais (ROSA, 2015)

De acordo com a definição de Flávio Tartuce,

A guarda compartilhada é entendida como aquela em que há 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. (TARTUCE, 2016, p. 1320)

A ideia principal, com a guarda compartilhada, é que os filhos sofram o menor impacto possível com o fim do casamento de seus pais. O objetivo é que a criança tenha convivência harmônica e afetiva com seus genitores, e também que seja garantido aos pais o direito de exercerem livremente o poder familiar (ROSA, 2015)

Segundo as lições de Conrado Paulino da Rosa,

Em todas as oportunidades em que os pais conseguirem superar as discordâncias referentes à fruição da companhia dos filhos, estar-se-á aplicando a medida ideal. A exclusão de pontos de atrito, a apreensão de que a convivência harmoniosa induz o crescimento sadio dos filhos e a formação deles como indivíduos aptos a compreender os traumas pretéritos, particularizando com cada um a identidade e o entendimento das razões que levaram ao rompimento dos genitores os tornam, daí, agentes da própria vida e não espólio negativo de um fracasso amoroso.

A guarda compartilhada permite que o rompimento entre os pais não implique necessariamente no rompimento do relacionamento destes com seus filhos, revelando-se assim uma opção menos danosa aos interesses da criança (ROSA, 2015)

É preciso esclarecer que a guarda compartilhada não diz respeito somente à definição de tempo de convívio de ambos os genitores com a prole, pois, se assim fosse, restaria configurada a guarda alternada, e não a guarda compartilhada, que vai além, pelo fato de estabelecer que os interesses do menor e as decisões referentes à sua educação, saúde, formação, criação e bem estar serão decididas conjuntamente tanto pelo pai, quanto pela mãe (ROSA, 2015).

A guarda compartilhada possibilita aos pais a divisão dos momentos felizes com seus filhos, bem como viabiliza a isonomia entre eles no tocante às despesas e tarefas do cotidiano. Para que essa modalidade de guarda seja bem-sucedida, é fundamental que os genitores entrem em acordo previamente sobre as decisões concernentes ao filho em comum, evitando conflitos que podem tornar a guarda uma verdadeira guerra (ROSA, 2015)

Para Eduardo de Oliveira Leite (*apud* Conrado Paulino da Rosa, 2015, p. 69),

A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores.

Uma vez estabelecida a guarda compartilhada, é mister que os genitores se esforcem, ainda mais que outrora, para atender todas as necessidades dos filhos menores, a fim de garantir o desenvolvimento integral destes. Dentre as inúmeras vantagens dessa modalidade de guarda, está a possibilidade que tem a criança de

manter o convívio familiar não somente com seus genitores, mas também com seus avós, tios e primos (ROSA, 2015).

4 A GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei 13.058/2014, também conhecida como Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória ou Lei da Igualdade Parental, surgiu no ordenamento pátrio com o viés de regulamentar a guarda compartilhada física, uma vez que a jurídica já era regulamentada pela Lei 11.698/2008.

A Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.634 do Código Civil, definindo claramente a ampla abrangência do poder familiar a ser exercido pelos pais, independentemente da situação conjugal destes, garantindo o pleno exercício do direito que assiste a ambos de participar da vida do filho comum.

Tal alteração legislativa gera reflexos notáveis no cotidiano das famílias que, uma vez rompidas pelo divórcio, sofrem o drama da alienação parental. Para entender a importância da mudança ocasionada, é preciso primeiro compreender a alienação parental, suas características e consequências.

4.1 Alienação Parental: conceito e características

A Lei 12.318/2010, em seu art. 2º, *caput*, define a alienação parental da seguinte forma:

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.

Não raro, quando ocorre a dissolução do vínculo entre marido e mulher, esta acontece eivada de ressentimentos e ambos, ou apenas um dos dois, alimenta em seu íntimo sentimentos de rancor, ódio e inimizade pelo outro. (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014)

Segundo ensina Maria Berenice Dias:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor,

pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança. Dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal (DIAS, 2016, p.1538).

É neste contexto que um dos genitores influencia o menor, manipulando seus sentimentos em relação ao outro genitor, implantando falsas ideias, induzindo-o a falsas memórias, com o intuito de distanciá-lo deste, e assim puni-lo, exercer vingança. Essa prática constitui o fenômeno da alienação parental, a qual sempre existiu, porém somente a partir da Lei 12.318/2010, a Lei de Alienação Parental, passou a ter previsão legal específica (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014).

Foram os estudos do psiquiatra americano Richard Gardner, nos idos de 1985, que levaram ao diagnóstico desse comportamento e de suas consequências para a vida do menor. (RAMOS, 2016)

Para Maria Berenice Dias, a alienação parental ocorre quando

Um dos genitores leva a efeito uma verdadeira “lavagem cerebral”, de modo a comprometer a imagem que o filho tem do outro, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme descrito pelo alienador. Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao não verem mais o genitor, sem compreenderem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sintomas. Assim, aos poucos se convencem da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado (DIAS, 2016, p. 1539).

A alienação parental não ocorre somente quando um dos genitores influencia a criança para que se volte contra o outro genitor. Para que a prática se configure, basta que a pessoa que detém a guarda do menor – pode ser os avós, tios, ou quem quer que tenha a criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância, manipule-a para que esta rejeite seu genitor (RAMOS, 2016).

A finalidade da alienação parental é prejudicar o estabelecimento de vínculo entre o genitor e o menor, e ela pode ser praticada de diferentes formas. No art. 2º, parágrafo único e incisos, da Lei 12.318/2010, há um rol exemplificativo de condutas que caracterizam a alienação parental, a saber

Art. 2º. (...)

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.

Os atos do alienante são diversos, e o rol constante na legislação é meramente exemplificativo. Ele pode agir, tecendo comentários nocivos à imagem do ex-parceiro(a) na presença da criança, retirando as punições impostas pelo outro, oferecendo alimentos por ele proibidos, presenteando a criança exageradamente, demonstrando desagrado quando esta fica feliz na companhia do outro, impedindo o menor de telefonar para ele, viajando e não comunicando o destino, não avisando sobre atividades escolares, alterando o endereço, apresentando denúncia caluniosa de abuso sexual ou maus tratos contra o ex-parceiro, mudando de residência com o intuito específico de afastar o menor de seu genitor, dentre outras tantas maneiras (RAMOS, 2016).

A prática da alienação parental pode ter início antes mesmo do fim do casamento, caso um genitor passe a denegrir a imagem do outro para o menor (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014)

É importante ressaltar que, mesmo em casos de dependência química, abuso sexual, abandono ou exposição ao perigo, o pai ou a mãe não tem o direito de se aproveitar da situação para que a criança rejeite o seu ex-companheiro. Nessas situações, é preciso que o fato seja levado ao conhecimento do Judiciário, que se encarregará de adotar as providências cabíveis (RAMOS, 2016).

Uma vez instaurado o processo referente à alienação parental, cabe ao magistrado a delicada tarefa de averiguar a veracidade da denúncia. Para tanto, ele deverá contar com uma equipe multidisciplinar, que envolve psicólogos e assistentes

sociais, responsáveis por auxiliá-lo por meio de visitas, entrevistas, avaliações e perícia biopsicossocial (DIAS, 2016).

Ao final da instrução processual, de acordo com o art. 6º da Lei 12.318/2010, o magistrado poderá advertir o alienador quanto à sua conduta; ampliar o regime de convivência familiar em favor do alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico ou biopsicossocial; alterar a guarda unilateral para guarda compartilhada ou inverter a guarda em favor do alienado; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente; e, por fim, como medida extrema, declarar a suspensão da autoridade parental.

4.1.1 Sintomas e consequências da síndrome da alienação parental

Alienação parental é a prática do genitor que deseja influenciar o menor, a fim de que este rejeite o outro genitor. Tal prática leva à Síndrome da Alienação Parental, que se manifesta na criança vítima desse processo.

Conforme ensina a professora Priscila Corrêa da Fonseca (*apud* FÁBIO VIEIRA FIGUEIREDO; GEORGIOS ALEXANDRIDIS, 2014, p. 50),

a síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta - quando ainda não dá lugar à instalação da síndrome - é reversível e permite - com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário - o restabelecimento das relações com o genitor preterido.

A Síndrome da Alienação Parental revela seus primeiros sintomas quando a criança, antes amorosa, adota um comportamento arredo e raivoso para com o pai alienado, passando a atacá-lo com agressões e ofensas, não desejando mais estar em sua companhia. Os argumentos utilizados pelo alienante passam a ser adotados pela criança, que se refere a fatos, momentos e sentimentos por ela não vivenciados. Pode ocorrer o inverso, pode ser que a criança, durante as visitas, emudeça, fique entorpecida, amedrontada (MADALENO, 2015).

O menor, que outrora nutria sentimentos de admiração e amor pelo alienado, passa a sentir por ele somente ódio e rejeição e, por outro lado, alia-se fielmente ao alienante, tendo somente por ele amor e admiração (MADALENO, 2015).

Em determinado momento, o ressentimento da criança não necessita mais do incentivo do alienador, torna-se autônomo: ela acredita que esse sentimento é seu, que ela realmente tem motivos para não gostar do pai alienado (MADALENO, 2015).

Nesse caso, o menor não apresenta qualquer sentimento de culpa em relação ao alienado, não se importando em explorá-lo financeiramente. A rejeição se estende a toda a família e círculo de convivência do pai alienado, pois o menor tende a repugnar a possibilidade de contato com tudo o que diz respeito ao genitor desprezado (MADALENO, 2015).

Não raro, o pai alienado reage à alienação afastando-se do convívio com o menor, o que leva o alienante a alcançar seu objetivo, pois, nesse momento, nem seu ex-companheiro nem a criança desejam desfrutar da companhia um do outro (MADALENO, 2015.)

A consequência inicial da síndrome da alienação parental é o rompimento da relação do menor com um de seus genitores. Com o passar do tempo, são percebidos outros reflexos no desenvolvimento da criança, conforme ensina Ana Carolina Carpes Madaleno:

Na área psicológica, também são afetados o desenvolvimento e a noção do autoconceito e da autoestima, carências que podem desencadear depressão crônica, desespero, transtorno de identidade, incapacidade de adaptação, consumo de álcool e drogas e, em casos extremos, pode levar até mesmo ao suicídio. A criança afetada aprende a manipular e utilizar a adesão a determinadas pessoas como forma de ser valorizada, tem também uma tendência muito forte a repetir a mesma estratégia com as pessoas de suas posteriores relações, além de ser propenso a desenvolver desvios de conduta, como a personalidade antissocial, fruto de um comportamento com baixa capacidade de suportar frustrações e de controlar seus impulsos, somado, ainda, à agressividade como único meio de resolver conflitos(...). (MADALENO, 2015, p. 54)

Há ainda as consequências físicas vivenciadas pela criança, como mudança no padrão de sono, falta de interação social, surgimento de distúrbios alimentares e diminuição do rendimento escolar (MADALENO, 2015).

Logo, são muitas e por demais desastrosas as consequências da alienação parental não somente para o menor, mas também para o pai alienado. À medida que a alienação progride, resta tolhido o direito do menor à convivência familiar, suprime-

se o direito do pai alienado ao exercício do poder parental, e são feridos os princípios da Igualdade entre os pais e do Melhor Interesse do Menor.

4.2 Lei 13.058/2014: a Guarda Compartilhada Obrigatória

A Lei 13.058/2014 surgiu no ordenamento pátrio com a finalidade de estabelecer a guarda compartilhada física obrigatória, como complemento à já instituída guarda compartilhada jurídica, vigente no direito brasileiro desde a Lei 11.698/2008 (MADALENO; MADALENO, 2015).

A guarda jurídica compartilhada, conhecida na doutrina inglesa como *joint legal custody*, pode ser definida como a

[...] prerrogativa de “tomar decisões em conjunto”, o que significa que, mesmo em situações de divórcio, ambos os pais possuem o direito de tomar as decisões sobre o futuro dos filhos, embora a criança resida unicamente com um dos pais, que exerce a sua guarda física. (RAMOS, 2016)

Já a guarda física compartilhada, conhecida na doutrina inglesa como *jointy physical custody*

[...] é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos, apresentando-se sob as mais diversas modalidades, nas quais a criança praticamente fica metade de seu tempo com cada um deles.

A lei foi editada e promulgada em homenagem ao princípio da Dignidade da pessoa humana, da Integral proteção à criança e ao adolescente, do Melhor Interesse do Menor e da Igualdade entre os Pais, consagrados pela Magna Carta desde 1988. (RAMOS, 2016).

Até então, o cotidiano das decisões nos tribunais era marcado por reiteradas decisões de guarda unilateral, na qual a mãe, por força dos costumes predominantes na sociedade, recebia o direito de residir com o filho menor, e ao pai restavam as visitas aos finais de semana (MADALENO; MADALENO, 2015).

Mesmo nas situações em que a guarda jurídica compartilhada era estabelecida, era possível observar a mãe exercendo primordialmente todos os direitos e deveres próprios do poder familiar, e ao pai restava um papel secundário, somente de provedor ou de visitante eventual. As decisões referentes ao filho

comum, que deveriam ser tomadas em conjunto, a responsabilidade pela educação, saúde e bem-estar, que deveria ser compartilhada pelos dois genitores, findavam por recair somente sobre a mãe (MADALENO; MADALENO, 2015).

Neste cenário, o Legislador entendeu por necessária a promulgação da Lei de Guarda Compartilhada Obrigatória, que alterou a redação dos arts. 1.583 § 2º, incisos I, II e III; 1.584 §2º, §3º, §4º, §5º, e §6º; 1.585; e 1.634 todos do Código Civil de 2002, redefinindo conceitos e ampliando a abrangência do exercício do poder familiar dos pais, independente da situação conjugal destes (RAMOS, 2016).

É importante salientar que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, pois esta é caracterizada pela alternância do filho entre as casas dos pais durante determinado período de tempo, no qual cada genitor exerce unilateralmente todos os direitos e deveres próprios do poder familiar, e aquela é caracterizada pelo exercício conjunto de todos os atos próprios do poder familiar pelos dois genitores, concomitantemente, à medida em que o filho comum usufrui da companhia do pai ou da mãe, equitativamente (ROSA, 2015).

Para Ana Carolina Carpes Madaleno,

Na guarda compartilhada do exercício paritário do poder familiar, o casal deve garantir o livre acesso dos filhos, em regime de convivência a ser definida em regime de visitas, sob pena de comprometimento do equilíbrio emocional do menor, sem que perca a referência do seu lar. A responsabilidade é de ambos os genitores, que juntos deliberam sobre a melhor educação, a melhor forma de criação, os valores que passarão aos seus filhos, ou seja, o poder parental é exercido como antes da separação dos pais. Esse compartilhamento visa garantir ao filho que seus genitores se empenharão na tarefa de sua criação, minimizando os efeitos danosos que o rompimento da relação entre o casal gera na prole. (MADALENO, 2015, p. 36)

Nessa nova significação trazida pela Lei 13.058/2014 à guarda compartilhada, o menor passa a ser o personagem principal, pois suas necessidades e seu desenvolvimento passam a ter maior importância do que possíveis questões mal resolvidas entre seus pais. (ROSA, 2015)

4.2.1 Alterações causadas pela Lei 13.058/2014 e seu impacto no combate à alienação parental

Algumas alterações provocadas pela Lei de guarda compartilhada obrigatória ocasionaram mudanças práticas no dia a dia das famílias marcadas pelo divórcio, especialmente no que diz respeito à eficácia de tais mudanças no combate à alienação parental.

Conforme leciona Conrado Paulino da Rosa,

Não é nada infrequente os juízes se depararem com disputas judiciais, cujos pais vindicam a primazia da condição de guardador, muitas vezes motivados por seus egoísticos interesses pessoais, em que visam a causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que o verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar vínculos simples de amor. (...) (ROSA, 2015, p. 57)

A lei em questão, ao erigir a Igualdade entre os Pais e o Melhor Interesse do Menor como seus princípios balizadores, tem transformado o dia a dia das decisões nos tribunais, e seus reflexos podem ser sentidos pelos genitores não guardiões, e pelos que ainda estão aguardando a solução judicial quanto à guarda dos seus filhos.

As alterações legislativas cujos reflexos são percebidos diretamente no combate à alienação parental serão explanadas a seguir.

a. Art. 1.583, §2º, Código Civil

Ao redefinir o significado de guarda compartilhada, a Lei de Guarda Compartilhada Obrigatória revogou o §2º do art. 1.538 do Código Civil, que determinava a concessão da guarda unilateral ao genitor que oferecesse melhores condições e mais aptidão para proporcionar aos filhos afeto, saúde e segurança, e educação.

Com a antiga redação, o parágrafo segundo e seus respectivos incisos eram costumeiramente aplicados nas decisões das Varas de Família e Tribunais, sempre que não houvesse consenso entre os pais quanto à guarda da prole, e a sentença que determinava a escolha do guardião era muitas vezes entendida como a vitória de um genitor sobre o outro. O que deveria ser a exceção, tornou-se a regra, pois a

maioria dos divórcios traz consigo a marca do litígio, e o genitor detentor da guarda, em diversos casos, não hesitava em utilizar o filho como instrumento de chantagem, regulando os encontros deste com o outro genitor e, se possível, dificultando o relacionamento entre estes, dando início ao quadro de alienação parental (ROSA, 2015).

Uma vez revogado o §2º, em seu lugar há agora a previsão de obrigatoriedade de aplicação da guarda compartilhada, *in verbis*:

Art. 1.583 (...)

§2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos

A inovação é que, uma vez sendo ambos os genitores aptos ao exercício do poder familiar, a guarda compartilhada deve ser aplicada mesmo que haja litígio entre os ex-cônjuges.

Para a presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Ângela Gimenez, com a mudança legislativa

As situações de litigiosidade deixam de ser fundamento para a supressão do compartilhamento da guarda, impedindo, pois, uma prática não pouco usual na qual um dos litigantes insiste em desentendimentos, para a obtenção da guarda unilateral, praticando, inclusive, atos de alienação parental que acabam sendo legitimados por decisões judiciais que mantêm o afastamento do filho de um de seus genitores, sob o pálido argumento de que, para evitar o conflito, melhor manter a criança afastada de parte de seus familiares (GIMENEZ, 2014).

A aplicação da guarda compartilhada passa a ser a regra, e a guarda unilateral torna-se possível somente caso um dos genitores manifeste desinteresse no exercício da guarda comum. Este entendimento pode ser depreendido a partir da leitura do art. 1.584, §2º do Código Civil:

Art. 1.584 (...)

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Conrado Paulino da Rosa faz menção ao instituto da guarda compartilhada e à alienação parental, ao afirmar que

A utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral representa, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome da alienação parental. Isso porque, em seu comportamento ardiloso e incessante, o alienador busca ser o único cuidador da criança, fazendo que o contato com o outro genitor seja repudiado pelo rebento sem motivo concreto (ROSA, 2015, p. 64).

A alteração legislativa mostra-se, portanto, fundamental para combater a alienação parental pois, quanto mais íntimo, frequente e afetuoso for o contato entre ambos os genitores e a criança, menores as chances de um deles obter êxito na tentativa de alienação parental.

b. Art. 1.583, §3º, Código Civil

Um dos meios utilizados pelo pai alienador na tentativa de afastar o rebento do convívio com o outro genitor é a mudança de cidade, atitude prevista no rol exemplificativo de formas de alienação parental constante no art. 2º da Lei 12.318/2010.

A Lei 13.058/2014 mudou o parágrafo terceiro do art. 1.583 do Código Civil, que dispõe sobre a guarda compartilhada na situação em que os genitores não habitem na mesma cidade. Art. 1.583 (...) §2º: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.”

Antes da nova redação do dispositivo, os tribunais deixavam de conferir aos pais a guarda compartilhada nos casos em que estes residiam em cidades diferentes, e o distanciamento físico frequentemente levava ao distanciamento emocional também. Com a mudança no texto, encerra-se a questão referente à impossibilidade de guarda compartilhada nesses casos, e mesmo que seja este o contexto da família, a guarda compartilhada pode e deve ser aplicada (ROSA, 2015).

O critério escolhido pelo legislador para a escolha do genitor que obterá a custódia do filho é a base de moradia que melhor atenda aos interesses deste. Caso não haja consenso entre os pais, caberá ao magistrado a tarefa de, por meio de perícia social e psicológica, decidir qual a residência e cidade que melhor atende aos interesses da criança. Isso não implica que o filho comum deixará de conviver com um dos pais. Pelo contrário: a guarda compartilhada garante ao genitor com o

qual a criança não resida o direito e o dever de ser ativo nas decisões referentes ao seu filho, de manter-se informado sobre sua educação, saúde, lazer, desempenho escolar, e, em observância à divisão equilibrada de tempo de convívio com o pai e a mãe, lhe é garantido também o direito de estar com seu filho em todas as oportunidades possíveis, como finais de semana, feriados e férias.

Esta alteração na redação do dispositivo inibe o pai alienante, pois a distância geográfica não implica necessariamente na concessão da guarda unilateral; pelo contrário, a guarda compartilhada deve ser concedida mesmo que os genitores residam em diferentes cidades, e a convivência da criança com o pai que mora distante deve ser facilitada, promovida, jamais impedida.

c. Art. 1.583, §5º, Código Civil

A Lei 13.058/2014 efetuou mudanças não somente no instituto da guarda compartilhada, mas também trouxe progresso para o instituto da guarda unilateral.

Via de regra, a guarda unilateral consiste, na prática, em uma guarda deferida preferencialmente às mães, pois a mentalidade predominante na sociedade difunde a ideia de que somente estas são naturalmente aptas ao exercício da parentalidade, restando aos pais a tentativa de provar judicialmente que são tão aptos quanto as mães ao exercício dos direitos e deveres decorrentes da paternidade.

Neste contexto, o genitor guardião é o único responsável pelas decisões concernentes ao filho menor e por sua educação, o que o leva a centralizar o amor de seu rebento, excluindo totalmente da relação o pai não guardião. É nesse contexto que, munido de todas as condições necessárias, o guardião do menor pode praticar a alienação parental, induzindo o filho a ter ressentimento e mágoas do outro genitor, afastando-os paulatinamente, até que sejam estranhos um para o outro.

A Lei 13.058/2014 incluiu no art. 1.583 do Código Civil o parágrafo 5º, que se refere exatamente à guarda unilateral, conferindo ao pai não guardião deveres referentes ao exercício do poder familiar, *in verbis*:

Art. 1.583 (...)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar

informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Destarte, ainda que não resida com o menor e nem tenha direito de convivência equitativa com este, o pai não guardião tem o direito-dever de se manter informado quanto a tudo o que diz respeito ao seu filho, acompanhar seu desempenho escolar, ser notificado caso este seja submetido a alguma cirurgia ou viagem, etc. (ROSA, 2015).

Para tanto, a lei incluiu também o art. 1.584, §6º no Código Civil, segundo o qual “qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”.

Tais medidas são necessárias para que mesmo o pai não guardião participe da vida de seu filho, ainda que não seja ativo nas decisões referentes a este. Assim, o pai pode continuar a ser parte da vida de seu filho, conhecendo-o e estando a par das questões que lhe dizem respeito, evitando-se que o pai seja um mero visitante, ou que ele e o filho se tornem estranhos um para o outro.

d. Art. 1.584, §3º, Código Civil

Antes da nova redação conferida ao parágrafo terceiro do art. 1.584 do Código Civil, a lei previa somente que o juiz deveria basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer o período de convivência do menor com seus genitores, o que comumente resultava na concessão da guarda compartilhada à mãe, e do direito de visita aos pais.

Com a mudança na legislação, o magistrado deve optar preferencialmente pela concessão da guarda compartilhada, mesmo que o divórcio entre os pais não seja consensual, *in verbis*:

§ 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Caso a separação entre os pais não seja consensual, caberá ao magistrado a tarefa de estabelecer as atribuições de cada um dos genitores, bem como a de definir o período de convivência entre o menor e seus pais. Para tanto, o juiz poderá contar com equipe de pedagogos, psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, os quais, por meio de visitas, questionários e avaliações, poderão auxiliar o magistrado na formação de seu entendimento (RAMOS, 2016).

É importante salientar o final do parágrafo em comento, no qual está prevista a divisão equilibrada do tempo do menor com o pai e a mãe. Não se trata de definição da guarda alternada, instituto não previsto no ordenamento pátrio, e sim de estipulação de maior convivência do menor com ambos os genitores, sem que predomine a convivência com um, em detrimento do outro.

Sobre este tema, Angela Gimenez preleciona:

A guarda alternada se configura em uma modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período pré-determinado que, pode ser anual, semestral, mensal ou outros.

Não há compartilhamento porque, embora os pais concordem que a guarda não seja exclusiva a nenhum deles, de forma indeterminada, somente um genitor formula e desenvolve o viver do filho, durante o período em que este permanece em sua companhia. Criam-se regras, espaços e tempos próprios, nos quais o filho se submete a uma alternância sistematizada de convivência.

Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e, nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais a saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.

Assim, pelo estreito laço de parentesco que genitores têm para com seus rebentos, não cabe a estipulação de visitas ou momentos de convivência, e sim do maior tempo possível desfrutando da companhia um do outro, pais e filhos num relacionamento íntimo, familiar e afetivo.

e. Art. 1.634 do Código Civil

Este dispositivo prevê o amplo e pleno exercício do poder familiar a ambos os pais, estipulando o direito que tem tanto a mãe, quanto o pai, de participar ativamente na vida de seu filho em todas as esferas.

A alteração promovida neste artigo consiste na adição do termo “a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar”, conforme lê-se:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Antes desta mudança, o genitor detentor da guarda do filho unipessoalmente centralizava todas as decisões quanto ao menor sem maiores embaraços, conforme leciona Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos,

Particularmente, se tratando de pais separados, a discordância entre eles se acirra, e o que ocorre, na prática, é que o pai não guardião, privado do convívio constante com o filho, não tinha oportunidade para levar a criança à escola que entende adequada, aos eventos esportivos que julga saudáveis, aos médicos que reputa melhores etc. Deixava, assim, de participar de suas atividades escolares, esportivas, religiosas, passando o guardião único a exercer, no mundo fático da criança, a exclusividade aparente do poder familiar, tomando todas as decisões importantes sobre o futuro da criança sem consultar o não guardião, que se sentia num papel secundário, responsável única e exclusivamente pelo pagamento da pensão alimentícia (livremente administrada pelo genitor guardião), com um direito de visita variável caso a caso e somente regulamentado quando um ou ambos os genitores ingressavam em Juízo (RAMOS, 2016, p. 75).

Este dispositivo consagra expressamente o interesse do legislador em que, ao menor, fosse conferido o direito de ser criado, educado, assistido e acompanhado por seu pai e sua mãe, mesmo que eles não estejam mais unidos pelo matrimônio. Por outro lado, quis também garantir aos pais o pleno exercício de todas as atribuições do poder familiar (RAMOS, 2015).

Sendo assim, não sobra espaço para a prática da alienação parental, pois pai e mãe são iguais perante a lei para o exercício do poder familiar, e ambos têm a prerrogativa de participar ativamente da vida do menor (RAMOS, 2015).

5 CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a analisar a Lei 13.058/2014, que dispõe sobre a Guarda Compartilhada Obrigatória, no aspecto relativo à sua eficácia contra a alienação parental. Primeiramente, foi realizada pesquisa doutrinária acerca da evolução do conceito de família, suas diversas configurações e mudanças sofridas ao longo da história, tanto no Brasil, quanto no mundo, a fim de compreender a atual configuração da família brasileira.

As famílias, ao longo do tempo, deixaram de ser numerosos amontoados de pessoas, entre parentes consanguíneos e agregados para, aos poucos, se tornarem nucleares e cada vez menores, formadas somente pelos parentes consanguíneos. Os casamentos, antes realizados por motivos econômicos e sociais, passaram a ser realizados em virtude dos laços de afeto, amor e respeito nutridos pelos cônjuges.

Neste contexto, os casamentos deixaram de ser rompidos somente pela morte, pois, uma vez fundamentados em laços de amor e afeto, passaram a ser dissolvidas as uniões no momento em que os laços de amor e afeto findavam.

Buscou-se compreender então o instituto da guarda, que consiste no exercício do poder familiar pelos pais, mesmo após a dissolução do vínculo conjugal. Livros de doutrina e sítios da internet foram consultados para a compreensão do surgimento da guarda no ordenamento pátrio, e também das mudanças pela qual ela passou durante décadas.

Com base em pesquisas bibliográficas, foi apresentado o conceito de alienação parental, uma prática comum nas famílias marcadas pelo divórcio, principalmente naquelas onde a guarda é exercida unilateralmente por um dos genitores, via de regra, a mãe.

Conceituou-se a alienação parental como a tentativa de um dos genitores, normalmente movido por mágoa e desejo de vingança de seu ex-cônjuge, de fazer o filho menor se voltar contra o outro genitor, manipulando seus sentimentos e memórias, para que a criança tenha raiva, medo, ressentimento e ódio do outro.

Com base nestes dados, foi especialmente enfocada no presente trabalho monográfico a inovação legislativa trazida pela Lei 13.058/2014, também conhecida como Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, ou ainda, Lei da Igualdade Parental. A referida norma foi promulgada em observação aos princípios da Igualdade entre

os pais, do Melhor interesse do menor, e do Direito do menor à convivência familiar, todos consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Os dispositivos da norma em comento buscaram efetivar a guarda compartilhada física, uma vez que só havia no ordenamento brasileiro previsão referente à guarda compartilhada jurídica. A lei em tela buscou garantir a preferência de aplicação da guarda compartilhada, em detrimento da guarda unilateral, o que promove, na prática, o estreitamento da convivência e dos laços afetivos do menor tanto com seu pai, quanto com sua mãe.

Foram analisados, ponto a ponto, os dispositivos alterados ou introduzidos no Código Civil pela Lei 13.058/2014, os quais refletem diretamente na questão da alienação parental. Ao garantir a ambos os pais o direito ao exercício do poder familiar e o direito à convivência com o filho comum de maneira equitativa, a lei dificulta a ação do genitor alienante.

Ao retirar do genitor alienante a prerrogativa de centralização do exercício do poder familiar, estabelecendo a guarda compartilhada obrigatória mesmo que não haja consenso entre os pais, ou ainda que estes morem em diferentes cidades, o princípio da Igualdade entre os Pais é respeitado, bem como o do Melhor interesse do Menor, que cresce cercado pelo amor, proteção, cuidados e supervisão de seu pai e de sua mãe, longe de ressentimentos e mágoas que não lhe dizem respeito e só poderiam prejudicar seu desenvolvimento intelectual, psicológico, emocional e físico sadio.

Por fim, da análise da Lei 13.058/2014 à luz do combate à alienação parental, conclui-se que ela é eficaz para evitar que genitores possivelmente alienantes encontrem espaço e oportunidades para a prática de atos de alienação parental, uma vez que a lei prevê expressamente o direito-dever de ambos os pais ao amplo e pleno exercício do poder familiar, estabelecendo, inclusive, punições caso um dos genitores descumpra algum dos seus deveres de guarda.

REFERÊNCIAS

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Presidência da República, Casa Civil.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15/08/2016
- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Presidência da República, Casa Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 18/08/2016
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico]**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgius. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GIMENEZ, Angela. A guarda compartilhada e a igualdade parental, 2014.
<http://www.tjmt.jus.br/Noticias/37024#.VJyZNI4Dpg>> Acesso em 10/08/2016
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Presidência da República, Casa Civil.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm > Acesso em 10/07/2016.
- Lei da Alienação Parental. Presidência da República, Casa Civil.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em 10/08/2016
- MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da alienação parental: a importância da detecção com seus aspectos legais e processuais**. 1. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil, 2: direito de família**. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
Código Civil. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm />. Acesso em: 10/07/2016
- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6.ed.rev.e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013

Gonçalves Fagundes, Ana Paula.

Lei 13.058/2014: a guarda compartilhada obrigatória como instrumento eficaz contra a alienação parental / Ana Paula Gonçalves Fagundes. - 2016.

49 p.

Orientador(a): Caroline Louise Albuquerque Pereira. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Alienação parental. 2. Guarda compartilhada obrigatória. 3. Lei 13.058/2014.
I. Albuquerque Pereira, Caroline Louise. II. Título.