

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

THALES EDUARDO NOBRE AIRES

**A GUARDA COMPARTILHADA: UMA NOVA PERSPECTIVA NAS RELAÇÕES
FAMILIARES**

São Luís

2018

THALES EDUARDO NOBRE AIRES

**A GUARDA COMPARTILHADA: UMA NOVA PERSPECTIVA NAS RELAÇÕES
FAMILIARES**

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

Orientador: Prof. José Edilson Caridade
Ribeiro.

São Luís

2018

AIRES, THALES EDUARDO NOBRE.

A GUARDA COMPARTILHADA: : UMA NOVA PERSPECTIVA NAS
RELAÇÕES FAMILIARES / THALES EDUARDO NOBRE AIRES. - 2018.
60 f.

Orientador(a): Prof. José Edilson Caridade Ribeiro.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Alienação Parental. 2. Compartilhamento. 3.
Divórcio. 4. Guarda. 5. Poder Familiar. I. Ribeiro,
Prof. José Edilson Caridade. II. Título.

THALES EDUARDO NOBRE AIRES

**A GUARDA COMPARTILHADA: UMA NOVA PERSPECTIVA NAS RELAÇÕES
FAMILIARES**

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

Aprovada em: ____/____/_____, às horas

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Edilson Caridade Ribeiro. (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

RESUMO

O instituto da Guarda no Brasil sofreu alterações importantes nos últimos anos, sobretudo a partir de 2008, com a Lei 11.698/08 e, posteriormente, em 2014, com a Lei 13.058/14. Tais normas dispuseram acerca da chamada “Guarda Compartilhada”, sendo que a primeira foi responsável pela sua introdução no nosso ordenamento jurídico, e a segunda por tornar regra essa modalidade de relação familiar. Assim, atualmente no Direito de Família, vige a concepção do compartilhamento da custódia dos filhos, permitindo uma melhor formação cultural e educacional da criança, já que esta terá um contato efetivo com ambos os pais, rompendo com a figura de um pai de “fim de semana”. Ademais, verifica-se que tal compartilhamento reduz o fenômeno da Alienação Parental, já que há um contato mais próximo entre o genitor não guardião e o filho, possibilitando a formação de vínculos afetivos mais sólidos, gerando confiança para ambos, situação que dificulta a prática alienante por parte do genitor que possui a custódia física do menor.

Palavras-chave: Guarda; Alienação Parental; Poder Familiar; Divórcio; Compartilhamento.

ABSTRACT

The Custody institute in Brazil has undergone important changes in recent years, especially since 2008, with Law 11.698/08 and, later, in 2014, with Law 13.058/14. These rules provided for the so-called "Shared Parenting", the first one being responsible for its introduction into our legal system, and the second one for making this type of family relationship a rule. Therefore, is active currently in the Family Law the conception of sharing custody of children, allowing a better cultural and educational formation of the child, as it will have an effective contact with both parents, breaking with the figure of a father of "weekend". In addition, it is verified that such sharing reduces the phenomenon of Parental Alienation, since there is a closer contact between the non-custodial parent and the child, allowing the construction of stronger affective bonds between them, providing trust for both, making difficult to practice alienation by the parent who has physical custody of the child.

Key words: Custody; Parental Alienation; Parental Power; Divorce; Sharing.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	O PODER FAMILIAR	09
2.1	Conceito	12
2.2	Direitos e deveres	13
2.3	Perda, suspensão e extinção	14
3	A DISSOLUÇÃO CONJUGAL E A NOVA REALIDADE FAMILIAR	16
4	A GUARDA NO BRASIL	19
4.1	Conceito de guarda	19
4.2	Breve histórico do instituto da guarda no Brasil	19
4.3	Modalidades de guarda	21
4.3.1	Guarda unilateral	21
4.3.2	Guarda alternada	22
4.3.3	Guarda jurídica e física	23
4.3.4	Aninhamento	24
4.3.5	Guarda compartilhada	25
5	A IMPORTÂNCIA DAS LEIS 11.698/08 E 13.058/14 NA SISTEMÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA	26
6	A GUARDA COMPARTILHADA É O MELHOR CAMINHO: UM NOVO PARADIGMA NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA	30
6.1	Efeitos psicológicos da separação do casal na vida dos filhos	31
6.2	Dois é melhor que um: a Guarda Compartilhada é um modelo que se impõe	34
7	A CRIANÇA DIANTE DA JUSTIÇA	44
8	A (DES)NECESSIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA?	45
9	A GUARDA COMPARTILHADA: UMA SOLUÇÃO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL	48
10	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Com efeito, a sociedade brasileira está em constante transformação. É fato que as relações entre as pessoas têm sido alvo de significativas mudanças, sobretudo no âmbito familiar. Nesse sentido, o Direito necessita se adaptar às evoluções sociais, acompanhando as transformações e colaborando nas relações interpessoais. Exemplo disso é o instituto da guarda, que era tratado, na maioria das vezes, como guarda unilateral, isto é, era atribuição de apenas um dos genitores. Todavia, com o advento das leis 11.698/08 e 13.058/14, tornou-se regra a guarda compartilhada do(s) filho(s) após a dissolução conjugal, de forma que a responsabilidade pela educação, lazer e outros deveres repousa sobre ambos os pais. Tal mudança tem como objetivo atender ao princípio do melhor interesse da criança, ou seja, deve-se privilegiar o processo de desenvolvimento do menor em conjunto com ambos os pais, pois, desse modo, obter-se-á uma melhor formação educacional e cultural.

Após a separação (litigiosa ou consensual) surge a responsabilidade sobre a guarda dos filhos, atribuição que sofreu alterações legislativas importantes. O Código Civil de 2002, em sua redação original, preceituava, em seu art. 1.583, que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, prevaleceria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda de filhos, caso a separação ou divórcio fosse consensual. Não havendo acordo entre os cônjuges, a guarda seria atribuída a quem revelasse as melhores condições para exercê-la (Tartuce, 2017, p. 162).

Contudo, com as alterações dadas pelas leis 11.698/08 e 13.058/14, a guarda compartilhada tornou-se regra, isto é, a responsabilidade sobre a guarda dos filhos é de ambos os pais, caso não haja estipulação em contrário. Logo, o dever de educar não reside mais em apenas um dos genitores, visto que este deve ser exercido conjuntamente, garantindo o desenvolvimento das faculdades físicas, morais, psíquicas, espirituais, religiosas, sexuais, cívicas da criança. Parte-se aqui da premissa de que criar um filho é também prover-lhe o sustento material e moral, proporcionando-lhe assistência médica, estudo, proteção e carinho, para que ele bem desenvolva sua auto-estima e as noções de pertencimento, o que favorecerá um desenvolvimento sadio, preparando-o para a vida adulta.

Nesse sentido, analisa-se os aspectos principais deste instituto, realçando-se suas peculiaridades e os reflexos práticos na vida da criança. Pretende-se responder ao seguinte questionamento: a guarda compartilhada traduz modelo mais vantajoso aos interesses da criança?

É oportuna a abordagem doravante feita, na medida em que a legislação que disciplina o tema é recente, e traz consigo alterações significativas no trato das relações familiares, que são a base da sociedade. Logo, denota-se que o estudo do tema revela-se pertinente, contribuindo para o conhecimento dos efeitos práticos do novo instituto introduzido pelas leis 11.698/08 e 13.058/14 e seus reflexos na formação da criança nesse ambiente compartilhado.

Ademais, pretende-se demonstrar que o compartilhamento da guarda também se revela uma opção menos prejudicial ao menor no que tange ao fenômeno da Alienação Parental, já que o convívio mais próximo com ambos os genitores promove um fortalecimento do vínculo entre o filho e o genitor afastado, evitando a manipulação da criança.

Logo, a presente pesquisa tem como objetivo precípua a análise do instituto da Guarda Compartilhada, sua evolução no direito brasileiro, sua incidência frente aos casos de divórcio e dissolução de união estável, assim como seus reflexos no que tange ao fenômeno da Alienação Parental. Abordar-se-á, ademais, os reflexos psicológicos oriundos da separação dos cônjuges e como impactam na vida dos filhos, discorrendo sobre a melhor abordagem a ser adotada nesse contexto.

2 O PODER FAMILIAR

De início, para melhor compreensão do tema ora exposto, algumas considerações devem ser feitas acerca do histórico do Poder Familiar (ou Poder Parental). Tal instituto remonta a civilizações antigas, provavelmente antes mesmo da invenção da escrita, já que a relação familiar sempre existiu entre os povos, isto é, a tutela dos filhos pelos pais, por ser intrínseca à natureza humana, está presente desde os primórdios. Contudo, por uma questão didática, analisar-se-á sua evolução histórica a partir do direito romano, período em que era conhecido como “Pátrio Poder”.

Com efeito, o próprio “*conceito de família, assim como a própria natureza do ser humano, é mutável e deve ser entendido e interpretado de acordo com o tempo e o contexto histórico de uma sociedade em determinada época*” (Madaleno, 2015, p. 21). Logo, os padrões de determinada sociedade podem ser considerados antiquados ou ultrapassados com o decorrer do tempo, fenômeno natural que ocorre com a evolução moral e social da humanidade. Basta lembrar, por exemplo, que há não muito tempo o nazismo era considerado

normal por boa parte da sociedade alemã; atualmente, contudo, após a tragédia provocada por Hitler e seus generais, tal ideologia é, majoritariamente, desprezada entre os alemães.

De fato, a ética, a moral e os costumes humanos já foram alvos de reflexões por milhares de anos, não se chegando a um consenso, por óbvio. Isso se dá, forçosamente, em virtude da subjetividade dos valores humanos, que são tratados de forma distinta por gerações diversas. É aquilo que Boaventura de Sousa Santos define como “multiculturalismo dos direitos humanos”, oposto ao falso universalismo. Segundo tal autor,

todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona pelo modo como o questiona. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental. (1997, p. 19)

A questão do Poder Familiar passou por efeito semelhante a este. No início, no Direito Romano, a família era a célula-base da sociedade, fundamento maior da organização social e política. E, para isto, existia o chamado chefe de família, que era o *pater familias*, isto é, “o detentor de toda propriedade e o seu domínio se estendia aos demais membros da família independentemente de idade ou do estado civil, todos à sua volta eram colocados sob a pátria potestas do chefe família.” (Madaleno, 2015, p. 22).

Ademais, conforme leciona Pereira,

o pai, além de ser o chefe da família, era também o sacerdote do culto familiar e a autoridade paternal incluía o direito de punir, expor, vender o filho e, ainda, a possibilidade de matá-lo. Ademais, os filhos não tinham capacidade para deter a propriedade de bens, eram *alieni juris*, e o patrimônio que porventura amealhassem pertenceria ao pai. (2008, p. 22)

Waldyr Grisard Filho (2016, p.47) diz que o pátrio poder era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes da família, incluindo os filhos, revelando-se um poder absoluto sem limites e de duração prolongada.

Segundo o mesmo autor, o *pater familias* – chefe da família – tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), de vendê-lo (*ius vendendi*), abandoná-lo (*ius exponendi*) entre outros poderes. Logo, pode-se notar que o filho era tratado como um bem qualquer, de propriedade do chefe familiar, que poderia dele dispor como lhe aprouvesse.

Nesse contexto, não havia qualquer igualdade entre os cônjuges, e os filhos não eram tratados como sujeitos de direitos.

Posteriormente, no decorrer dos séculos, esta concepção de pátrio poder foi sendo confrontada por outros povos e religiões diversas, especialmente a cristã, que pregava a solidariedade, igualdade entre os cônjuges e dever moral dos pais na criação dos filhos, dando início ao fortalecimento dos vínculos afetivos entre os familiares, sobrepondo-se à antiga concepção romana. Assim, denotam-se ultrapassadas as leis despóticas que facultavam o poder do *pater familias* de exercer propriedade sobre a vida da prole, sendo, portanto, defeso a sua venda, morte ou qualquer ato de transferência. (Madaleno et al, 2015, p.24).

Conforme ensina Madaleno, no Brasil colonial, o homem continuava sendo o chefe da sociedade conjugal e a mulher precisava de seu amparo e autorização para a prática de atos da vida civil. Aquele exercia um domínio quase absoluto sobre os filhos, com poder de correção que se manifestava em reprimendas e castigos corporais moderados e que não resultassem em ofensas físicas sérias. (2015, p.718)

Prossegue afirmando que com a influência do cristianismo, o poder familiar assumiu características de direito protetivo, merecendo o menor especial destaque, assumindo o papel de absoluta prioridade, assegurados os seus direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer etc. (2015, p.718)

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, é reconhecida a igualdade entre os cônjuges e os filhos são protagonistas de uma proteção especial, dado sua posição de vulnerabilidade. De fato, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma transformação significativa no paradigma anterior, visto que a igualdade dos cônjuges no trato da chefia conjugal, prevista na Carta Magna, foi reafirmada, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que, em seus arts. 21 e 22, estabelece:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

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.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

A propósito, como leciona Maria Manoela Quintas (2009, p.12),

a Constituição Federal de 1988, baseada no princípio da dignidade humana, trouxe um novo conceito de família, ao celebrar a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer designação discriminatória e a igualdade entre o homem e a mulher em direitos e deveres na sociedade conjugal. O Estatuto da Criança e do Adolescente reiterou a Constituição e ressaltou a igualdade entre o pai e a mãe no exercício do Pátrio Poder.

Logo, não há mais distinção entre os cônjuges no trato das relações familiares, assim como os filhos não mais são vistos como um objeto nas mãos dos seus genitores, mas sim como sujeitos de direitos. Atualmente, o que está vigente é uma *“uniforme concepção filho centrada, que desloca seu fulcro da pessoa dos pais para a pessoa dos filhos, não mais com objeto de direito daqueles, mas ele próprio (o menor) é um sujeito de direitos.”* (Grisard Filho, 2016, p.46).

Conrado Paulino da Rosa, (2015, p. 14), ao tratar do tema, amadurece a ideia acima, ensinando que o poder familiar, hodiernamente, é visto como um dever dos pais em relação aos filhos, não se limitando à sua educação ou cuidados físicos, mas estendendo-se para proporcionar um desenvolvimento integral da criança e adolescente.

Assim, diante dessas profundas mudanças, não mais se sustenta a noção de pátrio poder, expressão abolida pelo Código Civil de 2002. Pelo contrário, atento à nova realidade familiar, o Código Civil trouxe a figura do “Poder Familiar”, retratando as mudanças e avanços conquistados com o novo ordenamento jurídico.

2.1. Conceito

Segundo a melhor doutrina, o Poder Familiar é tradicionalmente conceituado como um *múnus* público, isto é, um encargo atribuído aos pais que tem sua vigência enquanto durar a menoridade dos filhos. Juridicamente, trata-se de um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, que têm a responsabilidade de educá-los e de lhes prover o sustento (Rosa, 2015, p. 15).

Quando fala da terminologia “Poder Familiar”, Madaleno (2015, p. 17) diz que se trata não mais de

um poder unilateral e incontestável dos genitores sobre os seus descendentes, muito pelo contrário, é acima de tudo uma obrigação dos pais com os seus filhos, um dever assumido com o nascimento da prole para garantir todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento dos sucessores”.

Pode-se observar, com efeito, que nesse novo paradigma trazido pela Constituição Federal e leis esparsas, de considerar que as pessoas são detentoras de direitos e deveres em iguais proporções e merecedoras de tratamento igualitário, não mais há espaço para aquele poder parental anteriormente mencionado, no qual unicamente o *pater familias* exercia, indelevelmente, a propriedade sobre seus filhos, como se bens os fossem. Tal perspectiva restou superada, visto que os filhos não mais são tratados como objetos, mas como sujeitos de direitos, além do que a responsabilidade parental repousa sobre ambos os cônjuges, à luz da Constituição Federal de 1988.

Paulo Lôbo, sobre o tema, discorre:

O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988. A constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países. (2008, p. 05).

2.2. Direitos e Deveres

É sabido que o trato familiar é uma relação complexa, visto que envolve diversos agentes com condutas e padrões próprios. Ou seja, não é fácil estabelecer um comportamento padrão exemplar que possa servir de norte para o Judiciário na resolução de conflitos familiares, visto que há limites naturais próprios das relações familiares, e a intervenção estatal nestes casos seria desarrazoada.

De todo modo, há algumas características intrínsecas ao poder familiar. Discorrendo sobre o tema, Conrado Paulino da Rosa enuncia algumas delas: irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade. (2015, p.17-18)

Esse entendimento também é compartilhado por Maria Berenice Dias:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. (2016, p.418)

Dentre algumas atribuições típicas do exercício do poder familiar estão aquelas previstas no art. 1.634 do Código Civil, *litteris*:

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 (dezesseis) 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.

Interessante notar que a dissolução da relação conjugal, se porventura ocorrer, não altera a relação entre pais e filhos. É o que disciplina o art. 1.632 do Código Civil. Com efeito,

é necessário distinguir que os papéis de marido e mulher, companheira e companheiro são extintos na dissolução do relacionamento afetivo, mas, por outro lado, para sempre o vínculo de parentalidade permanecerá. Enquanto existe a figura do “ex-marido” e “ex-mulher”, não existe a figura do “ex-filho”. (Rosa, 2015, p.18-19).

No que tange aos direitos e deveres intrínsecos ao poder familiar, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22:

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.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

2.3. Perda, Suspensão e Extinção.

Segundo o art. 1.637 do Código Civil, a suspensão do Poder Familiar ocorre se:

o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A suspensão do poder familiar é uma sanção aos pais que deixaram de preservar o interesse dos filhos, por algum dos motivos acima elencados. Nessas hipóteses, afastam-se os genitores de tal poder; contudo, a suspensão pode ser cancelada pelo magistrado, caso haja mudança nas circunstâncias iniciais.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.112-113),

A suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor. É imposta nas infrações menos graves [...] e que representam, no geral, infração genérica aos deveres paternos. É temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Desaparecendo a causa, pode o pai, ou a mãe, recuperar o poder familiar. É facultativa e pode referir-se unicamente a determinado filho.

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência do TJMG¹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. PODER FAMILIAR. SUSPENSÃO. PAIS QUE NEGLIGENCIAM CUIDADOS BÁSICOS DE VIDA À MENOR. DEMONSTRAÇÃO. I. O poder familiar consiste na necessidade de os filhos, desde o seu nascimento, receberem proteção e cuidados de seus pais, proporcionando-lhes educação e formação, além dos interesses morais, sociais e afetivos, elementos imprescindíveis que concorrem para uma segura estruturação intelectual e psíquica. II. Restando demonstrado que a mãe da criança possui problemas psiquiátricos e que, juntamente com o genitor, negligenciam seus cuidados, deixando inclusive de levá-la regularmente ao acompanhamento médico de que necessita, inexistem motivos para reformar a decisão que suspendeu o poder familiar. (AI 1.0313.13.003158-3/001, Rel. Des. Washington Ferreira, Data de Julgamento 06/08/2013, Dje 09/08/2013)

Deve-se ter em mente, contudo, que, como ensina Vicente (2010, p.31), a preservação da convivência familiar é muito importante aos interesses da criança, motivo pelo qual a suspensão deverá ser imposta apenas quando o magistrado não encontrar outra medida cabível para solucionar o problema.

Por outro lado, a perda do poder familiar é sanção mais gravosa. Estabelece o art. 1.638 do Código Civil:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 I - castigar imoderadamente o filho;
 II - deixar o filho em abandono;
 III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
 V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Conforme ensina Maria Helena Diniz (2010, p. 451),

¹ Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/>. Acesso em 26/05/2018

a perda ou destituição do poder familiar, em regra, é permanente embora o seu exercício possa ser restabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso, depois de transcorridos cinco anos a contar da imposição da penalidade. Assim, a maior penalidade que se pode aplicar aos pais que maltratam de alguma forma seus filhos é a destituição do poder familiar.

Trata-se, portanto, de uma sanção grave, já que seus efeitos são permanentes, e os pais deixam, legalmente, de exercer sua autoridade parental sobre aquela criança. Assim, por tal motivo, as causas que dão lastro a esse evento, acima citadas, são demasiado graves; imagine-se um pai que abandona o seu filho: deveria ele permanecer com todas suas atribuições parentais? Pensando nisso, o legislador elencou tais hipóteses, preservando o melhor interesse da criança.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2015, p.320), a filosofia do Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro, contudo, que

o que a ordem legal considera mais importante é a manutenção da criança ou adolescente na sua família de origem, da qual só deve ser afastada ocorrendo motivo ponderável (art. 23, parágrafo único, do ECA), dispondo-se, ainda, que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar (art. 23, caput).

Por fim, a extinção do Poder Familiar se dá quando ocorre a morte dos pais ou dos filhos, não mais subsistindo os fundamentos desse instituto. Nessa hipótese, o juiz há de nomear um tutor para a criança, que defenderá os seus interesses. Segundo o art. 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
 I - pela morte dos pais ou do filho;
 II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
 III - pela maioridade;
 IV - pela adoção;
 V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Ademais, como ensina Pereira (2008, p. 27), também poderá ser extinto o Poder Familiar por decisão judicial, se ocorrer qualquer das hipóteses descritas no art. 1.638 do Código Civil, tais como: castigo imoderado, abandono, atos contrários à moral ou incidir nas faltas previstas no art. 1.637 do Código Civil.

3 A DISSOLUÇÃO CONJUGAL E A NOVA REALIDADE FAMILIAR

Com o fim da Sociedade Conjugal, ou mesmo da união estável (considerando que houve equiparação entre tais institutos²) surge um novo quadro oriundo da quebra do vínculo entre os cônjuges: *em que situação ficarão os filhos?*

Ora, a resposta para tal questionamento é bem mais complexa do que parece. Não há uma solução mágica para situar a prole nesse novo cenário, considerando, ainda, eventual litígio entre os ex-cônjuges e os efeitos adversos provenientes desta disputa familiar, quadro propício à ocorrência de Alienação Parental, tema que será abordado ao longo deste trabalho.

De todo modo, pode-se afirmar que, com base no Poder Familiar, ainda que haja a quebra do vínculo conjugal, subsiste a obrigação de guarda, educação e sustento dos filhos, dever que se estende, em regra, até a maioridade, podendo, entretanto, tratando-se de pensão alimentícia, ser prorrogado em alguns casos específicos, tal como a graduação em curso universitário.³

Oportuno lembrar, nesse contexto, que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 358, cujo teor é o seguinte: “*O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.*” (Súmula 358, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2008, DJe 08/09/2008, DJe 24/09/2008).

É inegável e irrenunciável, em vista disso, a obrigação dos pais, findada a relação conjugal, de manter a guarda e o sustento dos filhos, dever que permanece independentemente de sua vontade e, em regra, até a maioridade, salvo nos casos já tratados acima, como, por exemplo, extinção por decisão judicial.

Aliás, dispõe o art. 1.634 do Código Civil de 2002: “*Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar(...)*. Não restam dúvidas, portanto, que mesmo havendo dissolução do vínculo conjugal, o poder familiar continuará sendo desenvolvido de forma plena, por força do artigo mencionado. Isso quer dizer que o exercício deste instituto independe da relação mantida entre os pais, já que, conforme anteriormente mencionado nos capítulos anteriores, não existe a figura do “ex-filho”.

²“No Brasil, não se pode deixar de consignar que a união estável e o casamento apresentam diferenças, considerando-se suas formas de constituição. Entretanto, quanto aos efeitos e os modos de dissolução de cada uma dessas entidades familiares, o direito tem evoluído – na lei, na doutrina, na jurisprudência – para uma realidade que se apresenta aos olhos com toda a evidência, a força de clareza solar: casamento e união estável são entidades familiares tendencialmente equiparadas.” In: Veloso, Zeno. **Direito Civil: Temas**. Pará: Forense. 2018.

³ STJ - AgRg no Ag 655104 SP, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/04/2018.

No mesmo sentido, vale anotar que a própria Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), em seu artigo 27, estabelecia que, em caso de dissolução conjugal, o Poder Familiar permaneceria hígido, isto é, não haverá mudança de direitos ou deveres no que diz respeito aos filhos:

Art. 27. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único - O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.

Nesse contexto, Grisard Filho (2016, p.201) afirma que o Direito Civil brasileiro, desde o Código de 1916, já previa que o rompimento da sociedade conjugal não interferia no exercício do poder familiar por ambos os pais em relação aos filhos. O autor aponta a existência de um “déficit do poder familiar”, consistente na *“concepção social errônea de que todas as decisões que digam respeito aos filhos cabem apenas ao genitor que possui sua guarda”*, elucidando que tal ideia não passa de um senso comum, isto é, uma interpretação equivocada, já que ambos os pais, por força do Poder Familiar, mantêm seus direitos e obrigações no que concerne aos filhos.

Rolf Madaleno, ao discorrer sobre o tema, preconiza que:

É obrigação dos pais manter a guarda e a educação da sua prole, e, apesar de os filhos ficarem depois da separação dos pais sob a custódia de um dos genitores, segue íntegro o poder familiar de ambos, exercido em igualdade de condições, porque eliminada pela Carta Política de 1988 qualquer espécie de discriminação entranhada numa época em que o exercício do pátrio poder pertencia ao pai. (2015, p. 200)

Diante disso, a problemática gira em torno de quem ficará com a guarda dos filhos após a quebra do vínculo conjugal. Madaleno (2015, p. 150) afirma que a guarda dos filhos irá considerar, e sempre, os melhores interesses da criança e do adolescente, em detrimento da vontade manifestada pelos pais. Com efeito, a custódia dos filhos pode ser ajustada por consenso dos pais, por ocasião do seu divórcio, e até em processo autônomo, movimentado exclusivamente para a definição da custódia judicial da prole. Ora, a guarda não interfere no poder familiar, muito embora seja um fator de limitação ao seu exercício por parte do genitor afastado da posse física dos filhos, pois não irá participar da rotina diária de sua descendência.

E prossegue lecionando que como a guarda é apenas um atributo do Poder Familiar, a sua concessão a um dos ascendentes não implica o exercício absoluto e ilimitado do poder familiar, porque o outro ascendente não foi e nem pode ser excluído imotivadamente da vida de seu filho. (2015, p.152).

Assim, a questão ora posta volta-se à própria ideia de guarda dos filhos, isto é, quem ficará com a sua custódia após a quebra do vínculo conjugal. Nesse contexto, passa-se a analisar o instituto da guarda, suas características e modalidades, e de que forma será conferida aos genitores ou outro responsável.

4 A GUARDA NO BRASIL

4.1 Conceito de guarda

Com efeito, o termo "Guarda" tem origem etimológica no latim *Guardare*, no germânico *Wardem* (guarda, espera), no inglês *Warden* (guarda) e no francês *Garde*, sendo utilizado genericamente para designar proteger, conservar, olhar, vigiar. (Silva, 2016, p.19)

Grisard Filho (2016, p. 667) ao tratar sobre o tema, dispõe que a guarda é um direito ou um dever que compete aos pais, ou a um dos cônjuges, de ter os filhos em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E, guarda, neste sentido, tanto significa a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Conrado Paulino da Rosa esclarece que o termo guarda surge como um direito-dever dos pais consistente na convivência com seus filhos, possibilitando o exercício das funções parentais que dizem respeito ao poder familiar. (2015, p.48).

No mesmo sentido, Strenger (1998, p.32) define tal instituto como “o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

A guarda nada mais é do que uma das características (ou atributos) do Poder Familiar, consubstanciada num direito e obrigação daquele que a detém em prestar as condições necessárias para o desenvolvimento e educação do menor, de modo a lhe garantir a proteção que lhe é conferida pela Constituição Federal e leis esparsas. A propósito, segundo o Art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “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”.

4.2 Breve histórico do instituto da Guarda no Brasil

Ao se estudar um tema, é interessante resgatar, ainda que de forma breve, suas raízes, transformações e, por fim, chegar-se à ideia atualmente mais aplicada. No que diz respeito ao instituto da guarda no Brasil, Grisard Filho (2016, p. 66) ensina que a primeira

regra, no que tange ao destino dos filhos após a separação dos pais, veio com o Dec. 181, de 1890, norma que determinava que os filhos ficariam com o cônjuge inocente, fixando a cota com que o culpado deveria concorrer para a educação da criança e sustento da mulher, se fosse pobre e inocente.

Prossegue o autor afirmando que, posteriormente, com o advento do Código Civil de 1916, houve uma distinção das hipóteses de dissolução conjugal, sendo *amigável* ou *judicial*. Segundo tal diploma legal, observar-se-ia, na primeira hipótese, o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos; na segunda, conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges, seriam considerados critérios como sexo e idade dos filhos para determinar o detentor da guarda. (2016, p.67)

A regra era a seguinte: havendo cônjuge inocente, este ficaria com a guarda; se ambos fossem culpados, as filhas ficariam com a mãe e os filhos igualmente até os seis anos de idade, sendo que após isso seriam entregues ao pai. Ademais, se houvesse motivos graves, o juiz poderia, em qualquer caso e a bem dos filhos, regular diferente o exercício da guarda.

Segundo Madaleno et al (2015, p.58), com o advento da Lei 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, os fatores de idade e sexo dos filhos deixaram de ser determinantes na guarda dos filhos, mas a aferição da inocência seguiu em vigor. Assim, a redação do Código Civil de 1916 estabelecia que o cônjuge inocente ficaria com a guarda dos filhos menores, e caso houvesse culpa recíproca, ficariam com a mãe sem mais qualquer distinção de sexo ou idade, tal como ocorria antes da alteração promovida pela mencionada lei.

Em 1977, a Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, ao dispor sobre a guarda dos filhos no desquite judicial, conservou, em linhas gerais, o sistema vigente, com algumas mudanças, a saber:

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

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

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

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

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

Art 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Pode-se observar que o legislador priorizou o melhor interesse dos filhos, ao contrário da legislação anterior. Após, no Código Civil de 2002, as regras não se alteraram, conservando-se o espírito do sistema até então vigente com vistas à preservação do maior interesse do menor. Todavia, houve a (feliz) extinção do critério de culpa do cônjuge na separação e o da prevalência materna na sua fixação em caso de culpa recíproca, devendo, para determinar a guarda, ser considerado pelo juiz o melhor interesse dos filhos. (Grisard Filho, 2016, p.70).

Por fim, com a edição da Lei 11.698/2008, que institucionalizou a Guarda Compartilhada no Brasil, houve uma alteração no art. 1.583 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada”.

Nova alteração se deu com a Lei 13.058/14, que modificou alguns dispositivos daquele Código para tornar como regra a guarda compartilhada, tal como se extrai do seu §2º do art. 1.584, que estabelece o que se segue:

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.

Nesse diapasão, verifica-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro prestigia a Guarda Compartilhada em detrimento das demais modalidades, que deve ser aplicada em regra, considerando o melhor interesse do menor.

4.3 Modalidades de guarda

4.3.1 Guarda unilateral

Trata-se da tradicional ideia de guarda, que é atribuída a apenas um dos genitores, geralmente a mãe, ficando o filho sob seu cuidado. Ao outro genitor, entretanto, compete o pagamento de pensão alimentícia e direito de visita. Vejamos o que diz o art. 1.583 do Código Civil, em seus parágrafos 1º e 5º:

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

[...]

§ 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.

Importante ressaltar que o genitor responsável pela guarda reúne tanto a guarda física quanto jurídica consigo, conceitos que serão explanados nos itens subsequentes.

A desvantagem dessa modalidade de guarda é a figura do “pai de fim de semana”, isto é, geralmente a guarda é deferida à mãe, sendo que o pai apenas visita a criança em horários e dias fixos, distanciando-o da realidade vivida pela criança. Conforme ensina Ana Maria Milano, nessa modalidade de guarda,

percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores. (2008, p.122)

Nesse contexto, não há um contato ideal do genitor não-guardião com a criança, que pode ver o pai com outros olhos. Imagine-se, ainda, que na escola o menor poderá vivenciar pais que estão sempre presentes na vida de seus colegas, enquanto na sua não há esse mesmo contato, podendo ocasionar traumas e influenciar no seu rendimento escolar.

4.3.2 Guarda alternada

A guarda alternada, embora não tenha previsão no nosso ordenamento jurídico, é aceita pela jurisprudência pátria, apesar de não ser comumente aplicada. (Madaleno et al, 2015, p.111). Nesse tipo de guarda, há alternância constante de residências, isto é, a cada semana, por exemplo, a criança fica na casa de um dos genitores, alternando, em seguida, para a residência do outro, período em que cada genitor possuirá o exercício do Poder Familiar de forma exclusiva.

Tal modalidade, contudo, não é benéfica ao menor, já que este não terá uma formação de rotina, hábito, o que poderá influenciar negativamente na vida da criança, que se vê sem uma referência padrão a seguir.

Além disso, comentando sobre o tema, Daniel Vinícius Ferreira da Silva (2017) elenca outros possíveis problemas oriundos desse modelo: a) ausência de constância da moradia; b) prejuízo à formação dos menores, já que estes não saberão que orientação seguir, paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos etc; c) prejuízo à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc).

No mesmo sentido, Ana Maria Milano Silva aponta algumas desvantagens da guarda alternada:

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. (2008, p.57)

Do mesmo modo, outro ponto negativo da guarda alternada, conforme aponta Madaleno (2015, p.113), é que havendo uma animosidade entre os antigos consortes, facilita-se o conflito entre eles, pois, em função da constante troca de guarda, estes acabam se encontrando com uma frequência maior, e, nesse vai-e-vem dos filhos, há uma maior tendência de culpar o ex-cônjuge por todo e qualquer acontecimento para fugir da própria responsabilidade.

Assim, tal modalidade de guarda, além de não ser rotineiramente aplicada, não é aconselhável à criança, que poderá ter uma percepção distorcida da realidade com base nessa alternância frequente de residências.

4.3.3 Guarda jurídica e física

Pode-se definir guarda física como sendo a custódia da criança por um tempo maior e contínuo, exercida por quem convive diariamente com ela no mesmo lar. A guarda jurídica, por outro lado, é aquela que decorre do exercício do Poder Familiar, consistente no

direito de interferir na educação do filho e decidir sobre questões que lhe digam respeito, dentre outras atribuições já mencionadas e presentes no art. 1.634 do Código Civil.

Rolf Madaleno (2015, p.111) ensina que findado o vínculo conjugal, um dos genitores se afasta, ou é compelido a se afastar da morada familiar. Nesse momento, a guarda, que é um dos atributos do Poder Familiar, dissocia-se deste, embora não haja qualquer alteração no Poder Familiar, à luz do art. 1.632 do Código Civil. Porém, no tocante à guarda, surgirá a figura do genitor guardião e o não-guardião. Logo, a guarda física consubstancia-se na posse e vigilância do filho, que reside no mesmo teto. No caso do genitor guardião, este reúne tanto a guarda física (posse) quanto a jurídica (direitos e deveres decorrentes da parentalidade), enquanto o genitor não-guardião disporá tão somente da guarda jurídica, esta inabalável.

Assim, pode-se afirmar que a guarda jurídica sempre será exercida por ambos os genitores, salvo nos casos já estudados na presente pesquisa, isto é, perda, suspensão ou extinção do Poder Familiar, e consiste nos deveres já mencionados, decorrentes do Poder Parental. No entanto, a guarda física está reservada ao genitor guardião, este sim, detentor de ambos os conceitos desta guarda.

4.3.4 Aninhamento

Também chamado de nidação, trata-se de um modelo de guarda em que, diferentemente dos anteriores, os próprios genitores se deslocam para a casa do filho em períodos alternados. Ou seja, a criança e o pais têm uma residência própria, sendo que estes visitam o filho em períodos revezados.

O problema dessa modalidade de guarda é que há, assim como na guarda alternada, a percepção de insegurança e falta de continuidade familiar por parte do filho, que também não terá uma concepção ideal de moradia. Além disso, conforme ensina Madaleno (2015, p. 137). *“é certo que a divisão do tempo de convívio, em regra, presume que haja uma repartição dos custos de sustento dos filhos, porém, nem sempre os pais tem a mesma condição econômica.”*

Conrado Paulino da Silva (2015, p. 60) assevera que o custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam essa modalidade de guarda, visto que além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para sua moradia. Contudo, o autor aponta aspectos positivos, tais como a estruturação e

corresponsabilidade assumida pela criança, além do que não haveria alternância de residências paterna e materna, tendo o menor um só guarda-roupas, espaço de estudo e lazer.

Apesar de tal instituto não encontrar vedação legal, é certo que não se afigura o melhor caminho para a criança, considerando as dificuldades práticas encontradas na sua aplicação e a ausência de uma referência contínua de moradia, fatores que ofuscam eventuais benefícios nessa espécie de custódia.

4.3.5 Guarda compartilhada

Por fim, há que se tecer comentários sobre o instituto da Guarda Compartilhada, proposta a ser defendida doravante. Antes de mais nada, pode-se conceituá-la como um dos meios de

exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.”(Grisard Filho, 2016, p. 135).

Nesse sentido, a própria Lei 11.698, de 2008, ao alterar o Código Civil, institucionalizou a Guarda Compartilhada, definindo-a 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.”

Posteriormente, com o advento da Lei 13.058/14, o parágrafo segundo do art. 1.583 foi alterado e passou a ter a seguinte redação: “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 ideia do legislador foi conferir um maior contato do genitor não-guardião com os filhos, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança, já que a ausência de um dos pais na vida diária dos filhos interfere na sua formação educacional e psíquica, além do que gera uma quebra do afeto com o ex-consorte que não detém a guarda física.

Registre-se, outrossim, que a expressão “de forma equilibrada” não pressupõe, necessariamente, uma divisão equânime do tempo, o que sugeria uma guarda alternada, mas sim um novo modo de ponderar a rotina diária da criança e o contato com os genitores, de sorte que há uma presença mais expressiva do genitor não guardião nas atividades exercidas pelo seu filho, tais como educação, saúde, lazer, etc. A ideia, grosso modo, é conferir um

tratamento à criança como se os pais não fossem separados, necessitando, pois, de uma relação harmônica entre estes, que em comum acordo irão definir os melhores caminhos para a educação de seus filhos. Abandona-se a concepção de responsabilidade única do cônjuge guardião, permitindo ao outro uma participação efetiva no cotidiano do filho e colaborando com as decisões a serem tomadas para seu futuro. Nos próximos capítulos desta pesquisa, discorrer-se-á minuciosamente sobre os aspectos envolvidos nessa modalidade de guarda, explanando-se o porquê de ser a melhor alternativa para o menor.

5 A IMPORTÂNCIA DAS LEIS 11.698/08 E 13.058/14 NA SISTEMÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA.

Rememorando a temática abordada anteriormente, a guarda era estabelecida em prol de um dos genitores, não havendo previsão legal que embasasse o compartilhamento. Com o passar do tempo e a evolução da sociedade, a perspectiva legislativa apontava para uma nova saída: a opção do compartilhamento da guarda. Nesse ponto, surgiram duas leis: a Lei 11.698/2009 e a Lei 13.058/2014.

Conforme ensina Grisard filho (2016, p. 197), a Lei 13.058/2014 não veio para inovar, mas para consolidar e dar efetividade à Lei 11.698/2008. Esta última criou o sistema dual de guardas, centrado no interesse dos filhos, com vistas ao equilíbrio dos papéis parentais após a dissolução da sociedade conjugal. Entretanto, na prática, houve pouca alteração, já que os juízes e tribunais continuaram aplicando, quase em totalidade, a guarda unilateral. Conforme dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano de 2007, isto é, antes da entrada da Lei 11.698/08, em 89,91% dos processos de dissolução conjugal a guarda dos filhos ficou com a mãe, e em apenas 3,33% foi estipulada a guarda compartilhada.

No ano de 2008, logo após a vigência da lei, os números permaneceram no mesmo patamar: 89,34 das guardas foram unilaterais e tão somente 4,02% foram compartilhadas. A situação se repete nos anos subsequentes: 2009 (88,06% e 4,69%, respectivamente); 2010 (88,05 e 5,36%); 2011 (88,23% e 4,76%); 2012 (86,55% e 5,6%); 2013 (86,26% e 5,88%).

Logo, o que se pode concluir é que não houve praticamente resultado prático da edição da Lei 11.698/08, já que os números demonstram que não aumentou, de forma expressiva, a estipulação da guarda compartilhada no Brasil.

Não por outro motivo, o Congresso Nacional, atento a essa realidade, aprovou a Lei 13.058/2014, com vistas a dar efetividade à primeira lei e com o objetivo de que a guarda compartilhada fosse aplicada de forma expressiva. A lei originou-se do PL 1009/2011, que seguiu para o Senado Federal como PLC 117/2013, obtendo parecer favorável da Comissão de Constituição de Justiça e da Comissão de Direitos Humanos.

Pela relevância do tema, transcreve-se trecho da Exposição de Motivos do PL 1009/2011 (Grisard Filho, 2016, p. 198/199):

Muito embora não haja o que se negar sobre avanço jurídico representado pela promulgação da Lei nº 11.698, de 13.06.08, a qual institui a Guarda Compartilhada no Brasil. Muitas pessoas, inclusive magistrados, parecem não ter compreendido a real intenção do legislador quando da elaboração de tal dispositivo. Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido / esposa” da relação “Pai / Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade. Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não os melhor interesse da criança mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como “arma” contra o ex-conjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental. Tal postura litigante já tem sido percebida por muitos magistrados os quais defendem a aplicação incondicional da guarda compartilhada, assim bem como uma análise mais profunda antes da concessão de guarda, mesmo que provisória, da criança, como se pode constatar em diversos artigos publicados e palestras proferidas, tanto nos campos jurídico como psicológico, por exemplo: Guarda Compartilhada com e sem consenso - MM. Dra. Eulice Jaqueline da Costa Silva Cherulli – Juíza de Direito da 2 Vara de Família de Rondonópolis – MT - "A guarda compartilhada permite (...) a alternância de períodos de convivência (...) A alternância na guarda física é pois possível desde que seja um arranjo conveniente para a criança em função de sua idade, local de estudo, saúde, e outros fatores que deverão ser cuidadosamente considerados." 1. A criança deve se sentir "em casa", em ambas as casas. 2. Se a criança puder decidir, de per si, para onde vai, será um "mini adulto". 3. A guarda conjunta é uma âncora social para o menor; 4. A guarda conjunta não pressupõe necessariamente um bom relacionamento entre os pais. Por todo o exposto, contamos com o endosso dos ilustres Pares para a aprovação deste importante projeto de lei.

A própria Lei 11.698/08, que incluiu o §2º do artigo 1.584, estabelecia: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que possível**, a guarda compartilhada” (grifou-se). Ora, acertou o deputado Arnaldo Faria de Sá, autor do PL 1009/2011, em criticar a postura de parte dos operadores do Direito que interpretaram, de forma equivocada, a expressão “sempre que possível” como sempre que haja harmonia entre os ex-consortes. De fato, não haveria razão de ser da nova lei se se exigisse uma boa relação entre os pais, já que, nesses casos, a própria legislação anterior conferia a estes a possibilidade de ajustar a custódia dos filhos. Logo, a Lei 11.698/08 deveria ter sido interpretada de forma que a guarda compartilhada fosse determinada sempre que os pais não acordassem em assumir a unilateral, ou no caso de haver conflito entre eles. Não há plausibilidade em estabelecer como requisito o consenso entre os pais para determinar o compartilhamento da guarda, considerando que isso já era possível por meio de acordo, não necessitando de uma nova lei para disciplinar tal instituto.

Nesse sentido, Lagrasta Neto (2012, p. 89) diz que

As decisões dos juízes e das Cortes brasileiras têm sido tímidas, no que diz respeito a uma ampliação ou à determinação de guarda compartilhada. Quiçá temendo a equivocada interpretação referente não à guarda compartilhada, mas à guarda alternada, donde se extraem exemplos de que o Direito de Família pouco tem progredido, também por culpa do formalismo excessivo de seus juízes, alheios à revolução dos costumes.

De todo modo, a falha em atingir o seu objetivo foi motivo suficiente à elaboração da Lei 13.014/2014, que se tornou um mecanismo legislativo para chamar atenção ao problema ora exposto e apontar que, via de regra, o compartilhamento da guarda deve ser adotado.

Aliás, é curioso que, no Brasil, haja um excesso de leis, não raro desnecessárias, já em que muitas situações o arcabouço jurídico presente à época era apto, se tivesse sido interpretado adequadamente, a regular a situação concreta que se pretendia alcançar. Talvez por tal razão ocupamos a 52ª posição no ranking dos países que mais (ou menos) seguem as leis.⁴

Apesar de tudo isso, é louvável o esforço do nobre legislador ao editar a Lei 13.014/2014, norma importante para sedimentar o instituto da guarda compartilhada no Brasil. Grisard Filho (2016, p. 200/202) anota que a necessidade de reiteradas legislações

⁴ Disponível em <http://forbes.uol.com.br/listas/2018/02/brasil-ocupa-a-52a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-cumprem-as-leis>. Acesso em 01/05/2018.

estabelecendo a guarda compartilhada, primeiramente como modelo preferencial (Lei 11.698/2008) e posteriormente como modelo obrigatório (Lei 13.058/2014), deve-se ao *déficit* do poder familiar exercido pelo genitor não guardião, isto é, haveria uma concepção social (senso comum) de que todas as decisões que digam respeito aos filhos cabem apenas ao genitor que possui sua guarda, de forma que na prática, a guarda unilateral se desenvolveu erroneamente, em violência ao genitor não guardião, suprimindo-lhe indevidamente o exercício do poder familiar conferido pela lei. Prossegue o autor afirmando que a Lei 11.698/2008 serviu de instrumento pedagógico para infirmar o senso comum e devolver o exercício do poder familiar a ambos os genitores. Por tal motivo, o autor defende que se confira uma aplicação hermenêutica à nova lei, tendo tanto a finalidade de dar eficácia à guarda compartilhada, quanto um viés educativo, qual seja, reafirmar que o Poder Familiar também é exercido pelo genitor não guardião, *in verbis*:

É esse vetor hermenêutico que ora se propõe para a Lei 13.058/2014: admitir que sua promulgação serve não só para dar efetividade a guarda enquanto proximidade física, garantindo a ambos os genitores o direito e conviver e acompanhar o cotidiano dos filhos, mas também infirmar o senso comum de que apenas o genitor guardião exerce o poder familiar, reconhecendo que ambos os genitores titularizam o direito-dever de tomar as grandes decisões relativas ao desenvolvimento de seus filhos, como a escolha da escola, das atividades extracurriculares, questões relativas a saúde, e assim as demais atribuições enunciadas no art. 1.6434 do CC. (2016, p.202)

O objetivo, no entanto, como já exposto, não foi alcançado, tendo aquela lei pouca alteração no quadro fático da guarda no Brasil.

Por outro lado, a edição da Lei 13.014/2014 já trouxe uma mudança significativa nesse cenário, pois, conforme dados do IBGE⁵, “entre os anos 2015 e 2016, observou-se um aumento na proporção de guarda compartilhada entre os cônjuges, 12,9% e 16,9%, respectivamente.” Em comparação com os anos anteriores, como já citado, houve um aumento de mais de 287% tomando-se como base o ano de 2013 e 301% em relação a 2013. Nesse contexto, portanto, pode-se dizer que ainda que os números estejam aquém do ideal, visto que 16,9% ainda não representa um percentual satisfatório, observa-se que a Lei 13.014/2014 teve reflexos práticos na determinação da guarda compartilhada no Brasil. E não só: a tendência é que os números progridam paulatinamente, já que, como foi dito, ainda há raízes fortes na população brasileira no que diz respeito a estabelecer a guarda de modo diverso da unilateral, tendência que somente pode ser superada com o tempo. Mas, por ora,

⁵ Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf. Acesso em 02/05/2018.

estamos trilhando o caminho certo, aquele que mais atende às necessidades e o interesse do menor na relação familiar.

6 A GUARDA COMPARTILHADA É O MELHOR CAMINHO: UM NOVO PARADIGMA NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA.

É sabido que as relações familiares, desde as civilizações antigas, sempre foram marcadas pela distinção entre o cônjuge mantenedor da família e aquele que cuidava dos filhos, papéis usualmente atribuídos ao homem e a mulher, respectivamente. Não é objeto de estudo da presente pesquisa a razão de ser dessa diversificação, contudo, registre-se que tal fato provavelmente tenha ocorrido por uma questão evolucionista, isto é, o macho iria caçar o alimento enquanto a fêmea cuidava da prole.

Superado isso, vale anotar que essa diferença desses protagonistas (homem e mulher) perdurou por bastante tempo, até que as mulheres conquistaram cada vez mais seu espaço no mercado de trabalho e deixaram de ser vistas apenas como cuidadoras do lar. Nesse contexto, a mulher passou de ‘rainha do lar’ a mantenedora, ou corresponsável pelo sustento da família, como empregada, funcionária pública, profissional liberal ou empresária (Akel, 2018, p. 41).

Com o passar dos anos, o modelo tradicional de família mudou de “família nuclear” para novos arranjos familiares. Nos casos de separação, a guarda dos filhos era exercida pela mãe, em razão de sua disponibilidade de estar sempre em casa, por isso a educação era tarefa dela, assim como dar afeto. A responsabilidade do pai era adstrita ao sustento da casa. Tal situação mudou, e hoje, de acordo com Sandri (2013, p.16) a distinção entre os papéis de pai e mãe não está bem clara, considerando que ambos contribuem para o sustento da família e dividem os cuidados com os filhos.

Tal fenômeno provocou mudanças significativas na estrutura familiar e nas relações pessoais entre os cônjuges, refletindo, pois, no trato com os filhos. O homem deixou de ser o único chefe e provedor da família e passou a exercer esse dever conjuntamente com a mulher. Além disso, um dos impactos na estrutura familiar foi a Lei do Divórcio, que exigiu uma nova atenção à situação dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal.

Assim, nesse cenário, conforme ensina Ana Carolina Silveira Akel (2018, p.42), diante desse dois fenômenos - a inserção da mulher no mercado de trabalho e o aumento do número de separações - nosso ordenamento jurídico teve de se adequar às novas realidades e anseios sociais, concedendo a ambos os genitores os mesmos direitos e deveres com relação à

prole. Afinal, não há como se conceber mais, dentro desse igualdade dos genitores, a ideia tradicionalmente posta de que tão somente um deles será responsável pelos cuidados domésticos.

Continua a autora afirmando que a inserção da Guarda Compartilhada no Brasil trouxe a consolidação da igualdade parental entre os genitores, com efetiva corresponsabilização dos pais, como também o tempo equilibrado de convivência com os filhos e, ainda, a utilização desse modelo de guarda legal mesmo nas hipóteses de divergências e litígio entre as partes. (2018, p.43).

A questão que surge é: seria tal modalidade de guarda aquela que atende melhor os interesses dos filhos? Por que razões? Quais as circunstâncias que demonstram a real vantagem desse instituto em detrimento dos demais? Para responder a tais questionamentos, é necessário um estudo aprofundado da doutrina, jurisprudência e demais fontes do conhecimento, tal como a psicologia, psicanálise, sociologia e demais áreas do conhecimento humano. Para isso, prossegue-se com um estudo sobre os aspectos psicológicos e os impactos da separação sobre os filhos.

6.1 Efeitos psicológicos da separação do casal na vida dos filhos

“Como, numa casa em que o pai e a mãe vivem em estado de desentendimento, poderia a criança não sentir uma impressão de ameaça para sua própria coesão, para seu dinamismo?” (Dolto, 1989, p. 74). Essa foi a resposta, oferecida sob a forma de uma questão, por Françoise Douto - renomada psicanalista francesa, que dedicou a sua vida inteira à causa da psicanálise infantil - quando interrogada acerca do desentendimento entre os pais, se esse fato não abalaria tão profundamente o filho quanto a separação ou o divórcio.

De fato, o divórcio legaliza o estado de desentendimento do casal e leva a uma libertação da atmosfera de discórdia e a outra situação para os filhos. Não importa o quão infeliz tenha sido um casamento, seu rompimento geralmente representa um choque para os filhos. Eles podem se sentir amedrontados pelo futuro, culpados por seu próprio papel (geralmente imaginário) como causadores da separação, feridos pelo genitor que vai embora e zangados com ambos os pais. Na fantasia da criança, aquele que deixou a casa a abandonou.

O processo de separação é sempre vivenciado como uma realidade dolorosa e estressante, uma vez que suscita nos cônjuges sentimentos de fracasso, impotência e perda, por isso é muito comum as emoções aflorarem de forma intensa; sentimentos como medo,

hostilidade, ódio, mágoa, vingança e até depressão, em alguns casos, vão compor o elenco de emoções experimentadas por aqueles que a enfrentam.

De fato, são requeridas uma série de adaptações que vão implicar numa gama de dificuldades, no tocante aos aspectos sociais, afetivos, relacionais, psicológicos e financeiros, tornando o processo doloroso, tanto para o casal como para os filhos. Os conflitos podem apresentar-se ainda mais complexos quando há disputa pela guarda dos filhos.

Cada criança reage de modo distinto, evidentemente, e as reações são condicionadas pela idade, sexo e temperamento. De acordo com Papalia e Olds (2000, p. 289), os fatores que influenciam a adaptação das crianças ao divórcio incluem: como os pais manejam a separação, os esquemas de guarda da criança, as finanças, o contato com o genitor distante, a ocorrência ou não de segundo casamento e a época de sua ocorrência, a qualidade do relacionamento com o padrasto ou a madrasta, dentre outros.

Ora, para minimizar os efeitos da separação, os pais deveriam explicar aos filhos a diferença entre os compromissos recíprocos do marido e da mulher e os dos pais frente aos filhos, como forma de aplacar a angústia destes últimos. No caso de um desentendimento, uma separação ou um divórcio, não existe isenção relativa à palavra empenhada de criar os filhos.

Reconhecer a realidade da ruptura conjugal para crianças pequenas muitas vezes é difícil, pois elas não compreendem o que está acontecendo, e muitas crianças mais velhas inicialmente negam a separação; mas até o final do primeiro ano de separação a maioria das crianças enfrenta os fatos. É fundamental o diálogo franco, aberto, sem subterfúgios entre pais e filhos, ocasião em que, dentre outras coisas, se deve esclarecer que a interrupção do convívio entre os pais, não significa que estes deixem de amar, querer bem e cuidar bem de seus filhos. (Papalia e Olds, 2000, p. 311)

Muitas vezes, o casal necessita de auxílio profissional para mediar a situação com os filhos, nas questões decorrentes de uma ruptura conjugal, seja pela dificuldade de compreensão e aceitação daquilo que está acontecendo, que para eles representa um perigo iminente, seja pelos conflitos que já estão se instalando na sua psiquê, manifestados sob forma de um sintoma. Observa-se que quanto mais cedo ocorrer essa intervenção profissional, menores serão os prejuízos para a criança ou o adolescente, inclusive para amenizar os sofrimentos e facilitar a resolução dos conflitos de forma satisfatória.

Há que se perceber, ainda, em alguns casos, que muitos dos problemas apresentados pelos menores dizem respeito à ausência de um dos pais, e não à separação propriamente dita, conforme nos esclarece Silva (2005, pag. 14):

É crescente o número de pais separados e filhos que chegam ao consultório, quer para orientações ou para tratamento, quer por determinação judicial, para se submeterem a uma perícia psicológica. Nos primeiros casos, normalmente os filhos estão apresentando alguns sintomas, que equivocadamente, são atribuídos à separação do casal, quando, na verdade, trata-se de equívocos, porque aqueles sintomas não guardam relação com a separação, mas sim, com a falta que faz o progenitor ausente.

Não obstante, o reflexo da separação, na maioria das vezes, se faz notar no dia a dia dos filhos, que tendem a se sentir desamparados, abandonados, esquecidos, principalmente quando é o pai quem deixa o lar. Várias consequências podem ser observadas no comportamento dos filhos, das quais se destaca: ansiedade, rebeldia, sentimentos de menos valia, dificuldades cognitivas, baixo rendimento escolar, relacionamento pobre com outras crianças, descontrole emocional, depressão, além de outras que afetam uma boa parte das crianças e adolescentes. Silva (2005, p.20) ressalta, quanto a esses sintomas, que eles podem ser facilmente observáveis no âmbito do consultório, quando do atendimento e avaliação psicológica de crianças de pais separados.

Ademais, interessante notar que na resolução da fase edípica, o contato direto e igualitário com ambas as figuras parentais é fundamental no desenvolvimento emocional da criança, quando ela vai começar a estruturar sua personalidade (Montanõ, 2016, p.69), sendo incontestável, nessa fase, a presença do pai e da mãe na vida dos filhos, visto que para construção da identidade e personalidade dos filhos é importante “presenciarem as opiniões distintas e avaliações divergentes a partir das individualidades diferentes de pai e mãe” (2016, p.69)

Há estudos que revelam que os filhos de pais divorciados, logo após a dissolução do casamento, experimentam perturbações emocionais e rupturas de cognição (Papalia & Olds, 2000, p.200). Não é demais lembrar que quando os parceiros permanecem em um casamento insatisfatório, há também evidência de capacidade parental reduzida e problemas com os filhos.

Variadas condições estão ligadas ao bom ajustamento após o divórcio: afastar-se de um pai ou mãe perturbador ou cruel; construir um novo vínculo com um padrasto/madrasta carinhoso; manter um vínculo amoroso e estável com ambos os pais; ser exposto a um mínimo de atritos entre os adultos; experienciar uma disciplina parental firme, conforme pontua Davidoff (2001, p.123).

Assim, quando se pensa nos efeitos de uma separação conjugal na vida dos filhos, é possível observar que estes, pelos seus sintomas, encarnam e presentificam as consequências de um conflito vivo, familiar ou conjugal, camuflado e aceito por seus pais.

É a criança que suporta inconscientemente o peso das tensões e interferências da dinâmica emocional em ação nos pais, cujo efeito de contaminação mórbida é tanto mais intenso quanto mais se guarda, ao seu redor, o silêncio e o segredo. (Manoni, 1980, p.13)

Em síntese, é a criança pequena e o adolescente que são porta-vozes de seus pais. Os sintomas de impotência que a criança manifesta são assim uma ressonância às angústias ou aos processos reativos à angústia de seus pais.

A Psicanalista Maud Mannoni (1980, p.15) revela que nas entrevistas, referentes a casos clínicos que ilustram todos os graus da perturbação, esses são devidos visivelmente à carência de uma presença sensata logo na primeira idade, à ausência de uma situação triangular (pai-mãe-filho) socialmente sadia ou à ausência de esclarecimentos verbais às perguntas explícitas ou implícitas da criança, sensibilizada tardiamente por um acontecimento traumático que permaneceu incompreendido e que a deixou total ou parcialmente embotada, para nele perder-se por não ter sido socorrida a tempo.

Estudos de Wallerstein-Kelly e Heterington (Davidoff, 2001), endossam a ideia de que os dois, pai e mãe, são quase sempre superiores a um em proteger a criança contra o estresse. Dois têm maiores reservas financeiras e psicológicas que um. Além disso, se um dos pais for precário na função de criar o filho, este sempre tem alguém a quem recorrer.

6.2 Dois é melhor que um: a Guarda Compartilhada é um modelo que se impõe.

A família é a base de cada sujeito, pois, todo ser humano ao nascer, passa a fazer parte de um grupo primário - a família - que vai garantir o atendimento de suas necessidades físicas (alimentação, proteção, segurança, etc) e o pleno desenvolvimento moral, intelectual e espiritual. É na família que se aprende as normas, os valores morais e sociais que formarão esse ser para a convivência no próprio ambiente familiar e em sociedade.

Importante, ainda, para o desenvolvimento emocional da criança, é propiciar um ambiente de amor, afeto e confirmação, que vão estabelecer os laços afetivos entre os pais e os filhos, e será esse modelo que influenciará os relacionamentos futuros dessa criança. Resta claro então que, conforme esclarecem Gomes e Melchiori (2011, p.15), para que ocorra um desenvolvimento benéfico e equilibrado, a criança precisa de atenção, amor, afeto e cuidados nos seus primeiros anos de vida, para que possa construir laços saudáveis, sendo que o

primeiro vínculo significativo é estabelecido com a figura materna; assim, a relação construída com esse primeiro cuidador, em razão da importância que ele vai adquirindo ao longo do tempo, torna-se a base sobre a qual todos os vínculos posteriores se formarão. O vínculo da criança com sua mãe, ou seu principal cuidador, vai resultar, segundo Bowlby, (1990, p.194)

da atividade de certo número de sistemas comportamentais que tem na proximidade com a mãe o seu resultado previsível. Assim, por exemplo, nos bebês, a partida da mãe ou algum estímulo assustador ativam certos sistemas comportamentais, finalizados pelo som, pela visão ou pelo contato com a mãe. Dessa forma, “Comportamento de apego, significa qualquer forma de conduta que implique alcançar ou manter uma proximidade com outro indivíduo, diferenciado e preferido, e geralmente considerada mais forte e sábio. Tais comportamentos são especialmente evidentes nos primeiros anos”.

Dessa forma, uma vez estabelecidas a qualidade, a segurança e a confirmação desse vínculo, juntamente com um ambiente familiar saudável, a criança terá um cenário favorável para o desenvolvimento de sua saúde mental e emocional ao longo de sua existência.

Não obstante, o pai tem sempre um lugar marcado para o filho, mas também é preciso, consoante ensina Dolto (1989, p. 13/14):

que a mãe lhe enfatize, posteriormente, a importância que tem para ela a voz do pai. Acontece que muitas mães “se adornam”, se me posso expressar assim, com o filho, “enfeitam-se com ele”: trata-se de um filho só delas, e elas nada fazem para que o pai entre em contato com ele, embora deveriam falar dele com o filho; dizer-lhe, por exemplo:” Olhe papai chegando. Sabe, quando você estava na minha barriga, ele falava com você. Elas raramente o fazem.

E ainda, conclui Françoise Dolto (1989, p.23) : “*O pai só assume importância na vida da criança pequena pelo fato de a mãe lhe falar dele e pela maneira como esta lhe fala sobre ele*”. A falta dessa fala de confirmação por parte da mãe e, por vezes, do pai, é um dos aspectos importantes que pesa negativamente na formação da criança, sobretudo no caso de possível divórcio. Como o filho fará referências aos genitores, isso passa necessariamente pelo lugar que cada um ocupa no discurso um do outro.

Segundo Bowlby (1990, p. 201), nenhuma forma de comportamento é acompanhada por sentimento mais forte do que o comportamento de apego. As figuras para as quais ele é endereçado são alvo do amor da criança, e na presença delas ela se sente segura e tranquila. Em razão disso, qualquer ameaça que possa levar a perda dessa figura principal de apego leva a criança a experimentar uma situação de ansiedade, de perda e tristeza. Para

Santos (2013, p. 42), “é essencial que os pais e o bebê desenvolvam um padrão mútuo e interligado de comportamentos de apego, destacando-se a importância da responsividade contingente dos pais em relação ao bebê”.

Quando ocorre um divórcio, muitas situações podem ser geradas por parte do casal, podem haver mágoas e ressentimentos, inaceitação e muitas vezes o desejo de vingança. Porém, quem mais sofre é a parte frágil da relação: os filhos. Já se teceu, anteriormente, comentários sobre os aspectos psicológicos ligados à separação do casal e seus reflexos na vida dos filhos. Foi ressaltada a importância de os pais conduzirem todo o processo de forma a evitar que as crianças sofram, e que o mau relacionamento do casal venha interferir nos papéis que aqueles exercem com os filhos.

A criança e o adolescente tem direito à convivência familiar, independentemente da situação dos pais, bem como lhe devem ser assegurados os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, conflitos conjugais e familiares podem surgir em torno da separação, prejudicando a convivência dos filhos com seus pais e outros membros da família. Segundo Fernandes e Araújo (2012), a ruptura de vínculos na primeira infância pode gerar intensos prejuízos ao desenvolvimento de uma criança. A criança necessita de amor e dedicação para obter o desenvolvimento adequado e uma base sólida para edificar sua personalidade.

Diante disso, quando a criança convive com o indício de perda dos laços afetivos com os pais, há consequências sérias. Considerando que ela não sabe expressar verbalmente seu sofrimento, decorrente do processo de separação, e muitas vezes do conflito instalado no seio do casal, e que antecede a separação, surgem as somatizações, tais como a ansiedade, dores de cabeça, vômitos, febre, tristeza e até mesmo a depressão.

Uma vez anunciada a separação, e a partir do momento em que essa situação é efetivamente consumada, é comum um sentimento de perda, abandono, tristeza e revolta por parte dos filhos.

Em razão disso, o Direito de Família vem buscando compreender essa realidade, na medida em que tem sido levado em consideração o estado emocional do menor como um aspecto relevante nas decisões judiciais, no que tange à guarda. Como forma de minimizar os efeitos e danos psicológicos produzidos na criança, resultantes de uma separação, é que foi estabelecida a modalidade da guarda compartilhada, já exaustivamente comentada neste trabalho de pesquisa, e que tornará possível a convivência diária com os pais, diminuindo sensivelmente a angústia da perda dos pais na vida comum.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendia (GRISARD FILHO, 2016, p. 180).

A guarda dos filhos não é um assunto simples de tratar, pela sua complexidade e, muitas vezes, pela falta de conhecimentos específicos sobre o comportamento humano por parte dos operadores de direito; por tal razão é que se faz necessário um trabalho interdisciplinar, uma interlocução com outros saberes (psicologia, serviço social e outros), tudo com o objetivo de melhor atender às demandas das crianças e também dos pais.

Não por outro motivo, o legislador incluiu o parágrafo terceiro no art. 1.584 do Código Civil, dispondo que:

§ 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.

Fato é que a criança precisa da presença dos pais para a sua formação: ambos têm igual importância! Assim, o ideal é a presença conjunta do pai e da mãe, assumindo as obrigações na criação dos filhos. Esse cuidado permanente é que vai demonstrar à criança que, embora os pais estejam separados, estes continuam se implicando no relacionamento com ela; o amor e o carinho não deixaram de existir por causa da separação. Tal sentimento é que vai confirmar todo o investimento feito por ambos os pais desde o nascimento do filho (Dolto, 1989, p.35).

Uma das fontes de angústia, ansiedade e sofrimento das crianças em relação à separação dos pais é seu sentimento de culpa com tal separação, quando elas se sentem responsáveis por este evento. Tais sofrimentos, ansiedade e angústia, ampliam-se sobremaneira quando o filho passa a imaginar (ou perceber) que vai perder um dos seus entes amados, o pai ou a mãe, ou que vai ter que optar por um deles. (Montaño, 2016, p.68)

Dessa forma, a ausência de um dos genitores por longos períodos, segundo o referido autor, traz insegurança e sentimento de abandono, proporcionando profunda dor e perda. Contrariamente, seu desenvolvimento emocional, intelectual e físico tenderá a ser mais positivo quando na segurança da manutenção do vínculo com o pai e a mãe, agora separados, no seu dia a dia, no seu cotidiano, mantendo não só o vínculo afetivo, mas a referencialidade parental com ambos os genitores igualmente. (Montaño, 2016, p.69)

De acordo com o Conselho Federal de Psicologia (2018⁶), a determinação da guarda vai apontar para os pais, em termos simbólicos, que não há um único responsável pela criança, ao contrário, o que se reafirma é a dupla filiação. Com a guarda compartilhada, os genitores possuem a possibilidade de exercerem sua autoridade com os filhos e também decidir sobre a vida dos mesmos.

Esse modelo de guarda compartilhada contempla as transformações que estão ocorrendo na sociedade, especialmente o fato de a mulher moderna trabalhar fora para ajudar no sustento da casa e também buscar a realização profissional, a exemplo do que sempre ocorreu com os homens, limitando o tempo dessa mulher/mãe para realização de todos os afazeres domésticos e cuidados exclusivos com o filho. Nesse contexto, torna-se necessária a participação do pai da criança da divisão de tarefas e responsabilidades, bem assim nas decisões sobre a vida do filho (saúde, escola etc), evitando-se, como consequência da separação conjugal, a exclusão de um dos pais do processo educativo de sua prole e a consequente sobrecarga do outro.

Sobre a operacionalização dessa guarda Sandri (2013, p.160) esclarece que:

a criança ou o adolescente tem uma residência principal, justamente porque há a preocupação com a manutenção de uma rotina diária de vida. Porém, todas as decisões acerca da vida do infante, serão tomadas em conjunto pelos pais, os quais têm as mesmas prerrogativas quanto à educação dos filhos.

Segundo Pires (2009), na guarda compartilhada os pais separados exercerão conjuntamente os direitos e deveres em relação aos filhos menores, de modo que as decisões mais importantes que dizem respeito ao desenvolvimento físico, psíquico e social do menor ocorram com a participação efetiva de ambos, mesmo que o menor esteja morando com um deles.

Para Maria Berenice Dias, os fundamentos da guarda compartilhada

são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. (2016.p. 361-362)

⁶ Disponível em: <https://site.cfp.org.br/alienacao-parental-sera-tema-de-dialogo-digital-do-cfp/>. Acesso em 11/05/2018.

Importante notar que o modelo da guarda compartilhada também propicia aos pais a oportunidade de ambos acompanharem e participarem da vida da criança no que tange ao seu desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e psicológico, bem como os da vida social. Essa forma de guarda também possibilita uma reorganização da relação dos pais e filhos, pois com o decorrer do tempo, as mágoas e ressentimentos tendem a diminuir e outra forma de relação surge, causando mais tranquilidade à criança, que se percebe amada e cuidada pelos pais, e os sentimentos de rejeição e culpa, que muitas vezes a acompanha, são reduzidos.

Assim sendo, embora a separação conjugal produza danos emocionais para a formação e desenvolvimento da criança e do adolescente, a guarda compartilhada favorece a permanência da convivência entre os genitores e a criança. Há ainda outro aspecto para o qual Silva nos chama atenção:

É fundamental que os filhos sintam que existe lugar para eles na vida de seus pais, e que estes confirmem a manutenção dos vínculos afetivos, para minorar a maior preocupação que a dissolução conjugal suscita nos menores: o medo de perder seus genitores. (2011, p. 41).

Assim, Alves (2015), discorre que a aplicação da Lei 13.058/2014 foi suficiente para que os filhos compreendam que o que acabou foi sociedade conjugal dos seus genitores, contudo, eles ainda são seus pais, efetivando cada um sua responsabilidade parental. Nesse sentido, colaboram para o desenvolvimento da criança, além de atender ao melhor interesse dela, garantindo o cumprimento dos seus direitos, que ultrapassam o mero sustento, abrangendo a convivência familiar.

Analisando esse tipo de guarda Grisard Filho (2016, p. 244), menciona que:

a guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais”. E ainda: a guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar.

Aliás, a própria Constituição Federal de 1988 preceitua e reafirma estes direitos da criança e do adolescente, conforme se extrai de seu art. 227, *litteris*:

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.

Mais que um direito dos pais, a proteção dos interesses das crianças é garantida em ordem constitucional, pela sua relevância para a sociedade.

Com a guarda compartilhada, manter-se-á, mesmo que impositivamente, o casal parental, ou seja, será conservado o contato da prole com os seus dois genitores: pai e mãe dividirão isonomicamente o mesmo tempo e a mesma responsabilidade legal em relação aos filhos, compartilhando as obrigações e resolvendo conjuntamente todas as questões importantes da vida do infante, tais como a escolha da escola que o menor iniciará e permanecerá até o fim de seus estudos, as atividades extracurriculares (judô, ballet, línguas estrangeiras, natação etc.), as decisões relativas à saúde, além de outras questões importantes e fundamentais para o bom desenvolvimento da criança. Esse rol de incumbências deixa de ser uma obrigação unilateral (genitor guardião), passando a ser dever de ambos os genitores, que participarão de forma intensa e efetiva da vida de seus filhos. (Akel, 2018, p.43)

Madaleno (2015, p. 196) elenca os requisitos essenciais à aplicação da guarda compartilhada, dentre os quais: afinidade; boa relação entre os progenitores; respeito ao período de tempo entre eles; proximidade geográfica; conciliação da vida profissional e familiar, entre outros.

Considerando a existência dessas condições, é necessário que haja o cumprimento de tais pressupostos para que a guarda compartilhada não resulte em uma situação desfavorável, causando danos à criança ou adolescente.

Propõe-se, com essa modalidade de guarda, a menor alteração possível na relação paterno-filial e materno-filial, propiciando melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional para o menor, que não sentirá da mesma forma intensa, tal qual na guarda unilateral, a perda de referência do pai ou da mãe. Reduz-se, portanto, as dificuldades com que as crianças lidam com a nova rotina e relacionamentos após a separação dos pais.

Por outro lado, com o compartilhamento da guarda, a criança não perceberá de forma evidente que os pais não mais possuem uma relação conjugal, já que estes se unem num propósito maior que é atender os interesses dela enquanto ser em desenvolvimento. Nesse contexto, ainda que, por exemplo, a criança fique mais tempo com a mãe ou com o pai, a participação de ambos os genitores nas decisões importantes na vida da criança, como educação, saúde, lazer etc, e a maior presença física com ambos os pais, suprirá qualquer déficit oriundo da dissolução da sociedade conjugal, pouco interferindo na concepção da criança se os pais estão casados ou não. Isto é a grande vantagem do compartilhamento da

guarda, que ignora o interesse único dos pais e se volta ao interesse do menor, este ser que não pode sofrer consequências de um mau relacionamento entre os genitores.

A guarda compartilhada, no entanto, é desaconselhada no caso em que há um ambiente de conflito entre os pais, com agressões, violência e ameaças, visto que esse tumulto na relação afetará negativamente no desenvolvimento do menor. Nesses casos, a saída é a tradicional guarda unilateral, que se torna menos prejudicial à criança, ficando um dos pais responsável pelas decisões acerca da vida do filho e o outro contribuindo de forma emocional e financeira.

Interessante notar que o compartilhamento da guarda não pressupõe que o tempo será rigorosamente dividido entre os pais, tal como sugere a expressão. De fato, não parece ser benéfico à criança alternar de casas a cada uma ou duas semanas, visto que tal condição gera um desequilíbrio emocional e físico na criança.

Nesse sentido, Flávio Tartuce leciona:

Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa[...] que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada.

A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. Não se pode imaginar que compartilhar a guarda significa que nas duas primeiras semanas do mês a criança dorme na casa paterna e nas duas últimas dorme na casa materna.

Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos fins-de-semana. Assim, o pai deverá levar seu filho à escola durante a semana, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá estar com ele em certas manhãs ou tardes para acompanhar seus deveres escolares. (2017, p.200)

Há que se ter em mente, todavia, como já mencionado, que em alguns casos, não é possível ou não se afigura razoável manter o padrão compartilhado de guarda. Segundo Gonçalves (2012, p. 252), a guarda compartilhada é um modelo que “não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada.”

Há casos em que a guarda unilateral é medida que se impõe, seja devido aos pais se encontrarem em cidades diferentes, seja devido à guarda compartilhada não ser possível, ou porque um dos tutores optou por não exercê-la.

Conforme ensina Nader (2016, p. 422-423),

O compartilhamento pressupõe regulamento em que fiquem definidas as atribuições de cada genitor e o tempo em que os filhos passarão em companhia de um e de outro (...) Como se depreende, a guarda compartilhada requer o diálogo e o espírito de compreensão entre os pais, pois, do contrário, em vez de contribuir para a melhor orientação dos filhos, será para estes uma fonte de conflitos.

Este novo modelo de guarda compartilhada tem proporcionado melhoria no relacionamento familiar e tem trazido, ainda, melhor desenvolvimento afetivo, educacional e cultural da criança pela participação conjunta dos pais na sua criação.

Há que se considerar que como qualquer outro modelo de guarda, a guarda compartilhada, apresenta vantagens e desvantagens. Segundo Grisard Filho (2016, p. 249), ela pode ser benéfica e funcionar bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes até funciona quando o diálogo dos pais não é bom, mas eles conseguem separar os filhos dos seus conflitos. Caso os pais vivam em constante conflito, não sejam cooperativos, sem diálogos, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que pretendem dar aos filhos, nesse caso é desaconselhável o compartilhamento da guarda, posto que lesivo aos filhos. *“Para essas famílias destroçadas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos consternador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.”* (p. 250)

Sandri (2013, p. 56) aponta como desvantagem a dificuldade de adaptação de ter dois mundos, duas experiências psicológicas e afetivas que podem se apresentar contraditórias.

Na mesma linha de oposição à guarda compartilhada, Grisard Filho (2016, p. 251), contraindica esse modelo:

Quando as crianças são muito pequenas...até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.

Ocorre, porém, que a guarda compartilhada pressupõe uma residência fixa, única e não alternada do menor, o que produz a estabilidade tão defendida pelo direito e pela psicologia, não trazendo alterações significativas na vida e rotina da criança. Existe, no caso uma residência habitual, única, um ponto de referencia (*continuum* de espaço), um mesmo lugar para cumprimento dos direitos e obrigações do menor, que não varia quando a criança se alterna, quando passa um período com o pai e outro com a mãe (dependendo de local acordado e/ou designado pelo juiz).

O argumento supra, defendido pela autora, de que essa alternância de ambientes traria confusão para a criança, não se sustenta, visto que, segundo Grisard Filho (2016, p. 260), *“o risco da fluidez ambiental, que provocaria confusão na mente do menor, cede ao argumento de que a alternância é uma experiência enriquecedora para ele, porque o expõe à diversidade e o prepara melhor para a lida com a vida no futuro.”*

De fato, a criança precisa ser ensinada que vai conviver o tempo todo com as diferenças e divergências, porque assim é a vida. É importante que ela conheça as duas realidades, como por exemplo, conviver com uma mãe de poucas posses e orçamento limitado e ao mesmo tempo com um pai de situação financeira mais avantajada e que possa atender eventualmente aos desejos não factíveis para a mãe. São realidades distintas, mas que não imputam demérito a nenhum dos pais. As crianças devem ser ensinadas, orientadas para a realidade da vida, para as contradições. A forma como os pais apresentam essa realidade vai contribuir ou não para o amadurecimento da criança. O que não pode ocorrer é a violência, os maus tratos ou a alienação parental que tantos danos causam ao emocional da criança e do adolescente.

Por fim, tem-se que para o funcionamento de qualquer tipo de guarda, fundamental é que exista um propósito e um esforço conjunto dos genitores para propiciarem aos filhos um clima amistoso, isento de brigas, intrigas e responsabilização por erros. Mais ainda, a conscientização dos prejuízos advindos com tais comportamentos que, seguramente, influenciarão no desenvolvimento integral dessa criança ou adolescente e, futuramente na idade adulta. Nesse sentido, os pais devem ser esclarecidos de que o filho é uma pessoa em formação e de que os ensinamentos (bons ou ruins) absorvidos, quer pela teoria, quer pela observação, terão grande impacto na vida do filho, tanto no presente, seja no relacionamento com os pais, parentes, com os amigos de escola, como nos futuros relacionamentos a estabelecer, no trabalho, ou onde quer que essa pessoa esteja inserida.

7 A CRIANÇA DIANTE DA JUSTIÇA

A partir do primeiro dia, desde o momento em que os pais decidem se separar, os filhos devem ser informados. Isso porque, na maioria das vezes, o divórcio transcorre deixando a criança de fora do processo desde o seu início. E, ao final dele, também devem ser informados pelo juiz das decisões do divórcio, depois de serem recebidos por ele a sós, caso este tenha habilidade para conversar com crianças, ou, por exemplo, por uma pessoa por ele encarregada, que seja capaz de se comunicar com facilidade com crianças.

Atualmente, pouquíssimos juízes estão preparados para falar com crianças confrontadas com as dificuldades da separação parental. O importante é que a criança possa ouvir palavras claras de alguém que não procure chegar ao nível delas, minimizando as dificuldades.

Segundo a psicanalista francesa Françoise Dolto (1989, p. 112), basta dizer-lhe: “Você sabe por que veio até aqui? Seus pais estão pensando em se separar. Você sabia disso? Quer ela responda ou não, é preciso falar-lhe”.

Para isso, o juiz trabalha com um grupo de especialistas que podem ajudar a criança a falar, a compreender que nada é perfeito, e que as decisões são tomadas “pelo menos ruim”, dada a situação simultaneamente afetiva e pecuniária de sua família. Não se trata de que a criança seja feliz, mas de que possa dar continuidade à sua dinâmica estrutural. Essa dinâmica constrói-se, não raro, com a hostilidade da criança.

As pessoas querem que não haja conflito; ora, os conflitos é que são formadores, quando são assumidos. “O que gera dramas no futuro é não ter feito dramas quando criança: é aquilo que não se pôde dizer e assumir”, conclui Dolto (1989, p. 118).

É preciso, ainda, que os pais assumam diante da criança o fato de não serem pais ideais e de estarem fazendo o que podem. Seria importante, além disso, que as crianças ouvissem, por parte do juiz, algumas palavras relativas a seus deveres filiais: manter relações pessoais com as famílias de suas duas linhagens parentais, seus avós, tios, tias, primos e primas. Segundo Dolto (1989, p.119)

Tal esclarecimento pelo juiz é importante porque ele é o terceiro que responsabiliza os pais, não só perante a lei escrita, mas perante a lei de sua responsabilidade de pais. Essa competência do juiz se dá porque, estando ele obrigado a seguir a lei, nessas circunstâncias, está encarregado de formulá-la às pessoas.

É preciso que a criança saiba que o juiz não faz a lei e que ele não faz o que quer. O juiz está preso, seja à lei, seja à lógica de uma situação: assim, adota uma medida que talvez a criança não deseje, mas que lhe parece a melhor para o desenvolvimento dela.

Respeitar a dignidade da criança é dizer-lhe a verdade, tanto sobre o que a vida em comum produz nos pais unidos quanto sobre o que a vida desunida produz nos pais levados a se separarem. Muitas vezes, os filhos de pais separados têm mais chance, por lhes dizerem a verdade, do que aqueles a quem ela não é dita, quando os pais estão aparentemente unidos.

A criança deve sempre ser ouvida – o que de modo algum implica que, depois disso, se deva fazer o que ela pede. Além disso, a decisão pode ser-lhe explicada: o juiz opta tradicionalmente por atribuir a guarda (física) àquele que está mais apto a garantir as tarefas cotidianas exigidas pelo sustento e pela educação de uma criança que ainda não é autônoma, embora a responsabilidade pela criação seja de ambos os pais.

Para isso, é necessário, ainda, que os operadores do Direito saibam da importância da atuação multidisciplinar para atender às demandas que envolvam conflitos familiares, como ensina Sandri (2013, p.165):

Sem o auxílio de profissionais habilitados a trabalhar e entender os sentimentos das pessoas, que normalmente já estão fragilizadas diante da ruptura familiar, sob pena de se deparar com julgamentos frios, eivados de objetividade, mas que, na verdade, não se coadunam com a realidade e a necessidade das pessoas envolvidas naquela questão.

8. A (DES)NECESSIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA?

Como já foi dito, a guarda é um dos atributos do Poder Familiar (ou Parental), de forma que tanto aquela quanto este coexistem de modo independente. Basta citar, por exemplo, um caso em que, findado o vínculo conjugal, seja estabelecida a guarda unilateral. Ora, nessa hipótese, é evidente que a guarda ficará com apenas um dos genitores; contudo, questiona-se: há alguma alteração no que tange ao Poder Familiar sobre o cônjuge não guardião? A resposta para tal questionamento já foi revelada nos capítulos antecedentes. No intuito de melhor esclarecer o tema, entretanto, invoca-se, novamente, a redação do art. 1.632 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”. Vê-se, de forma cristalina, que a despeito de o vínculo conjugal por fim à convivência entre os ex-consortes, não há, repita-se, alteração na relação entre os pais e os filhos.

Tal regra é reforçada em outros dispositivos daquele Código, a exemplo do art. 1.579, que dispõe que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.”

A ideia do legislador foi deixar bem claro que a relação dos ex-cônjuges em nada interfere na sua autoridade parental, já que os protagonistas desta são os filhos, verdadeiros

sujeitos de direitos que atraem a atenção para si. Não por outro motivo, há novamente, num claro tom de obstinação do legislador civilista, a repetição da mesma ideia ora posta. Leia-se, por exemplo, os artigos 1.588 e 1.636 do Código Civil, que batem novamente na mesma tecla da preservação do poder parental após a separação:

“Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.”

“Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Dito isto, questiona-se: já que tanto na guarda unilateral, quanto na compartilhada, e nas demais modalidades já estudadas ao decorrer dessa pesquisa, não há alteração qualquer no Poder Parental dos pais sobre os filhos, qual a real necessidade de se determinar uma espécie de “guarda”? Em outras palavras, o próprio conteúdo do Poder Familiar não seria autossuficiente?

Atenta a esta perspectiva, Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 27) leciona que o instituto da Guarda Compartilhada, com efeito, afigura-se como desnecessário, em face do que dispõe o art. 1.632 do Código Civil. Assim, a real importância da guarda compartilhada teria sido popularizar a discussão da coparticipação parental na vida dos filhos, além de efetivamente propiciar aos pais o exercício conjunto da autoridade parental, como se vê das decisões jurisprudenciais.

Ainda segundo a autora, constata-se que

a guarda compartilhada é um modelo importado de outros países, em que o poder familiar finda-se com a separação, divórcio ou dissolução da união estável dos genitores. Sua implementação ocorreu no direito pátrio sem avaliar sua real necessidade e cabimento. O que se deve verdadeiramente privilegiar, em vista disso, é o poder parental, o que não acontece em outros ordenamentos jurídicos, como o da Itália. (2018, p.28).

Como no ordenamento jurídico brasileiro não há a perda do poder parental quanto ao genitor não guardião após o fim da sociedade conjugal, caberá a ambos o exercício conjunto do Poder Familiar, isto é, a criação, educação e assistência moral e material dos filhos. Logo, sustenta a autora, a guarda compartilhada não seria necessária para que isso se concretizasse, bastando que se atribísse maior efetividade à autoridade parental, esta sim, verdadeira defensora dos poderes-deveres de participação na vida dos filhos. (2018, p.34).

Apesar de tecer críticas ao instituto ora estudado, a autora reconhece que este deve ser *“festejado, pois numa época em que o Brasil vive grandes problemas com a irresponsabilidade parental, a possibilidade de dar maior eficácia a tais deveres coaduna integralmente com os objetivos constitucionais”* (2018, p.38)

Ora, algumas considerações devem ser feitas sobre o tema. De fato, o Código Civil afirma e reafirma em vários artigos a preservação do poder parental do cônjuge não guardião após o fim do vínculo conjugal, mantendo-se incólume seu poder-dever de dirigir a educação e saúde dos filhos além dos demais atributos conferidos pelo Poder Familiar. Assim, em tese, é possível afirmar que a discussão sobre a guarda, suas modalidades e demais questões atinentes ficariam em segundo plano, ou até mesmo seriam prescindíveis.

No entanto, não aparenta ser esta, no atual contexto brasileiro, a melhor forma de tratar o tema. A razão é simples: como estudado nos capítulos anteriores, a Lei 11.698/2008, que institucionalizou a guarda compartilhada brasileira, pouco alterou a realidade fática após sua vigência. Isso significa dizer que mesmo sendo editada uma lei a respeito do tema, não houve praticamente qualquer alteração nos casos de determinação da guarda dos filhos, já que anos após sua edição os percentuais de fixação de guarda compartilhada mantiveram-se nos mesmos índices.

Posteriormente, com o advento da Lei 13.014/2014, houve significativa mudança nesse cenário, já que os números de casos em que se estabeleceu a guarda compartilhada aumentaram de forma expressiva, revelando que a Lei teve um alcance concreto e prestigiou a intenção do legislador em dar atenção ao compartilhamento da guarda.

Por tudo isso, chega-se à conclusão de que a simples existência do instituto Poder Familiar, que seria suficiente para regular os direitos e deveres dos pais no tocante aos filhos, parece não ter sido bastante para disciplinar a tutela jurídica na realidade prática, já que a guarda unilateral concentrava a quase totalidade dos casos, além do que o genitor não guardião não detinha o pleno exercício do Poder Familiar, que lhe é conferido pela lei, seja pelo senso comum que Grisard filho (2016, p. 200) aponta, seja pela falta de consciência dos operadores do direito e da população em geral sobre o poder parental. Assim, considerando que o propósito de uma lei é alterar determinada realidade fática, as leis que tratam da guarda compartilhada, não obstante possam ser consideradas desnecessárias pelos motivos já delineados, constituem em mecanismo importante e conscientizador necessários à efetivação do instituto ora abordado.

Ademais, tais normas tiveram importância no sentido de regular algumas atribuições do Poder Familiar, como se observa das disposições constantes do art. 1.584 do

Código Civil, que determina: “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”

Ora, apesar de o Poder Parental ser bastante em si mesmo, há a necessidade de se regular a matéria, estabelecendo-se as condições a serem observadas em cada hipótese. Foi a Lei 13.058/2014, por exemplo, que trouxe a ideia da cidade base de moradia do filho no caso de guarda compartilhada, que será aquela que melhor atender aos seus interesses. Isso só é possível pois a lei disciplinou tal situação, de sorte que não há como considerá-la desnecessária.

Por tudo isso, conclui-se que a edição de uma lei própria tratando do instituto da guarda compartilhada promoveu mudanças práticas na realidade familiar brasileira, seja por disciplinar as atribuições dos genitores de forma mais específica, seja por ter aumentado o número de casos em que foi estabelecida essa modalidade de guarda.

9 A GUARDA COMPARTILHADA: UMA SOLUÇÃO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL.

De início, importa esclarecer o significado de Alienação Parental (muitas vezes confundido com Síndrome da Alienação Parental). Segundo Montanõ, a Alienação Parental constitui-se

numa prática (ou conjunto sistemático de atos) que visa tanto dificultar ou impedir o convívio do filho com um dos seus genitores (e familiares), como denegrir a imagem desse perante o filho e perante o contexto social e institucional de referência da criança ou adolescente, com a finalidade de romper ou fragilizar o vínculo de parentalidade. (2016, p. 99)

Trata-se, em verdade, de uma manipulação do filho, geralmente pelo genitor guardião, no intuito de distorcer a imagem do outro ex consorte, mediante estratégias maliciosas praticadas com o fim de fragilizar o vínculo afetivo com aquele. Na Alienação Parental, um dos pais utiliza a criança como um meio de se vingar do outro, seja por não aceitar o término da relação, seja por sentimento de exclusividade perante o filho. Não é necessário dizer, por óbvio, que se trata de uma prática reprovável, enquadrada, recentemente, como ato de violência psicológica contra a criança, podendo ser aplicadas medidas protetivas típicas da Lei Maria da Penha, conforme a Lei^o 13.431/2017.

Para Jussara Sandri (2013, p.90), este fenômeno configura-se por meio da “prática de um conjunto de atos pelos quais um genitor transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos daquele filho com o outro genitor.”

Dispondo sobre o tema, a Lei 12.318/2010 alterou o art. 236 do ECA, conceituando a Alienação Parental:

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.

Para facilitar, a norma trouxe um rol de situações que podem assim ser consideradas, conforme se extrai do parágrafo único do art. 2º e seus incisos I a VII:

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.

Ora, tais condutas podem ser consideradas mais que uma violação do direito do genitor alienado, configurando-se numa grave afronta “ao direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável”, prejudicando, portanto, “a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar”, constituindo-se num “abuso moral contra a criança ou o adolescente”, segundo a própria dicção do art. 3º da Lei 12.318/2010.

No que diz respeito às consequências da Alienação Parental, a própria legislação trouxe, em seu art. 6º, o que segue:

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.

A ideia do legislador foi preservar a criança para evitar que ela seja uma marionete na mão do alienante, já que tal prática traz profundas consequências psicológicas negativas no menor, não raro irreversíveis, além de uma visão distorcida da própria estrutura familiar.

A situação fica preocupante quando se percebe que a vítima desse fenômeno é a criança, que não têm consciência dessa agressão; cresce, desenvolve-se e não percebe que laços foram quebrados propositalmente pelo alienante. No fim, ela acaba aceitando a ausência do outro pai/mãe como natural, culpabilizando-se por isso, construindo uma imagem distorcida do genitor ausente, desenvolvendo, inclusive, uma rejeição ou medo por este. (Montanõ, 2016, p.15)

A doutrina aponta, ainda, uma distinção entre Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental. Esta se desenvolve na criança, mas é realizada por um dos genitores contra o outro; aquela, por sua vez, é um processo efetivado por um dos genitores no objetivo de fragilizar a imagem do outro.

Acerca da distinção feita, Fonseca (2006) assevera:

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 seqüelas 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 terminante 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.⁷ Já a síndrome, segundo estatísticas divulgadas por DARNALL, somente cede, durante a infância, em 5% (cinco por cento) dos casos.

De todo modo, deve-se relacionar se a Alienação Parental propriamente dita – aquela exercida pelo genitor alienante, que pratica atos de manipulação da criança contra o outro genitor - ou a Síndrome da Alienação Parental, quando o filho assume a manipulação e passa a ter um papel ativo no fenômeno - podem ser evitadas, ou minimizadas, quando da

estipulação da modalidade de guarda no caso concreto, isto é, se terá algum resultado prático, sendo favorável ou não à ocorrência de tais fenômenos.

Quando o casal não consegue enfrentar seus conflitos de forma adequada, deixando de observar os cuidados necessários ao bem-estar e ao desenvolvimento pleno dos filhos, agindo de forma irracional e como se o conflito da separação representasse um jogo onde haverá um perdedor e um ganhador, fatalmente quem sai perdendo são os filhos. A disputa dos pais, seja para concretizar a separação, seja para definir a guarda, demonstra o desequilíbrio dos genitores, que, além da dificuldade em pôr fim à conjugalidade, parecem querer acabar também com a parentalidade, ainda que inconscientemente. (Sandri, 2013, p.147)

De início, pode-se afirmar, com segurança, que independente da modalidade de guarda atribuída ao caso concreto, se houver uma predisposição de algum genitor em contribuir para esse fenômeno, estabelecendo uma animosidade entre os pais, não há como impedir, de forma absoluta, a sua ocorrência. No entanto, a questão que se apresenta diz respeito à redução da incidência deste fenômeno ou mesmo de eventual mitigação dos seus efeitos psicológicos para o menor.

No que tange à guarda unilateral, Silva (apud Sandri, 2013, p.153) aponta que esta contribui para

o desrespeito aos direitos dos filhos, o sentimento de poder paternal vivido na injusta posse patriarcal e de propriedade ilimitada dos pais sobre os filhos, acreditando-se legítimos donos e proprietários dos mesmos, chegando, muitas vezes, na disputa da guarda, ao ponto de atribuir-lhes valor, colocando-os em negociação

A autora conclui, nesse contexto, que, sempre que possível,

o ideal seria atribuir a guarda compartilhada, que permite uma convivência mais próxima entre pais e filhos, e requer, ainda, uma participação mais efetiva de ambos os genitores, desestimulando, deste modo, os pensamentos alienantes naquele que se sente mais fragilizado com o fim do relacionamento. (2013, p.154)

Na mesma linha de raciocínio, Sandri anota que

a guarda unilateral, em que pese resguardar o direito de visitar ao outro genitor, é campo fértil para a ocorrência do fenômeno da alienação parental, sobretudo quando o rompimento da vida conjugal for resultado de um relacionamento instável, cuja configuração familiar tenha sofrido sérias disfunções. (2013, p.154)

Isto porque, quando é estabelecida a guarda unilateral, não há um contato efetivo do cônjuge afastado com o filho, mas tão somente o direito de “visita”, conforme art. Art.

1.589 do Código Civil: “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.”

Segundo ensina Silva (apud Montanõ, 2016, p.110),

a própria palavra "visita" já é por si só restritiva, e o progenitor que detêm a guarda já será legalmente considerado "mais importante", já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro.

Assim, verifica-se que a guarda unilateral é desfavorável na medida que o pouco contato do menor com o genitor afastado gera um distanciamento, além de evidenciar uma situação de desequilíbrio entre os titulares do Poder Familiar: não há igualdade parental quando o genitor afastado se limita a visitar e supervisionar a criança que, diga-se de passagem, ocorre num intervalo de tempo longo, considerando a real necessidade do menor em ter o contato com seu ascendente.

Nesse diapasão, Montañõ (2016, p.111) aponta algumas características e efeitos advindos da guarda unilateral, especificamente quanto à visita quinzenal do genitor afastado, que seria insuficiente à plena satisfação dos interesses do menor:

- 1) O efetivo afastamento da criança de um dos seus genitores: o tempo de convívio é mínimo, sem poder este participar do cotidiano da criança, sem poder consolidar os laços de afeto, de cuidados, de referencialidade próprios da parentalidade, produzindo profundo sofrimento em ambos, violando, assim, direitos fundamentais da criança, com o convívio familiar, e direitos do genitor “visitante”
- 2) O sentimento de abandono da criança pelo genitor afastado/visita: o longo tempo entre uma e outra visita é sentido pela criança (quanto menor a idade pior) como abandono, levando à ruptura/diminuição de sentimentos de afeto e afeição, de sentido de confiança e de laços de parentalidade, violando agora o direito de identidade e personalidade.
- 3) Facilita a instauração de “falsas memórias” e prática de “Alienação Parental”: o distanciamento temporal e a pouca convivência com um dos seus genitores facilita a interferência do “guardião” nos sentimentos, imagens e percepções da criança (e também, quanto menor a idade pior), instalando não só falsas memórias (de fatos inexistentes), mas percepções e sentimentos sobre fatos reais, assim como sobre o outro genitor (não guardião).

Por tal motivo, é forçoso reconhecer que a melhor opção para evitar a Alienação Parental, ou mesmo minimizar seus efeitos, é a custódia compartilhada da guarda - seja porque diminui a possível interferência do genitor alienante, já que o menor terá um contato

mais significativo com o pai, o que o leva a estabelecer vínculos mais próximos quando comparada à guarda unilateral, e, portanto, diminui a manipulação e interferência negativa advinda da alienação do cônjuge guardião, - seja porque sua presença de forma real na vida da criança possibilita-o exercer seus direitos e deveres oriundos da parentalidade, tendo, pois, um impacto real no cotidiano da criança, reduzindo possíveis subterfúgios do genitor alienante.

Mesmo em litígio, a guarda compartilhada - em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos. Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da ideia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não basta algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc. (Montanõ, 2016, p. 120)

Não é difícil conceber que, para uma criança, quanto mais o seu pai lhe aparenta estar afastado, menos é digno de confiança. Assim, a mãe, por exemplo, que convive diariamente com o filho, em detrimento do pai, é uma figura mais viva para o menor, que passa a enxergá-la como um referencial padrão de conduta. Ora, tal situação acaba por corroborar a prática alienante, atraindo o menor para uma armadilha cruel e nefasta. O propósito da guarda compartilhada, portanto, de servir como um modelo de aproximação de ambos os genitores para o bem comum do filho se apresenta como uma alternativa eficaz à ocorrência da prática alienante, trazendo ao filho um referencial – que outrora era uma ideia vaga, uma concepção fraca de pai – substancial para seu desenvolvimento e formação contínua.

A título de exemplo, vale ressaltar que os amigos mais próximos da criança são, regra geral, aqueles em que ele mais deposita sua confiança e apreço. Por que seria diferente com os pais? De fato, a aproximação de um dos tutores na vida do menor traz não só benefícios ao genitor afastado, mas, sobretudo, confere ao filho um referencial a mais para se espelhar, uma voz ativa na sua caminhada, que deixará de ser uma figura remota passando a atuar como lhe é devido. E, em razão disso, há uma solidificação do referencial paterno na consciência do menor, favorecendo um decremento na atividade alienante do outro genitor.

Por tudo isso, conclui-se que a melhor alternativa para a criança, tanto no que tange ao seu desenvolvimento educacional e moral, quanto no que diz respeito à incidência de alienação parental, é a guarda compartilhada, instituto oportunamente inserido no Brasil nesse contexto de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, e, conseqüentemente, da criança.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia da presente pesquisa foi situar a nova sistemática da Guarda Compartilhada frente às alterações legislativas recentes, abordando alguns aspectos históricos tanto na evolução da própria guarda em si quanto na legislação pertinente ao tema. De fato, pretendeu-se tecer alguns comentários relevantes no que tange à aplicação da Guarda Compartilhada no Brasil, instituto que ganhou destaque nos últimos anos, sobretudo pelo incremento no número de divórcios.

A questão de quem ficará com a criança é sobremaneira complexa, pois envolve distintos fatores que merecem atenção. Pode-se dizer que não há uma solução pronta para todos os casos, já que cada família possui peculiaridades, e estas devem ser consideradas antes de definir o futuro da relação familiar. De todo modo, é fato que uma legislação própria sobre o tema foi de fundamental relevância para situar tal instituto no contexto dos operadores do direito e da própria sociedade em si! Relevante também mencionar que um modelo ideal só se alcança após diversos debates sobre o tema, em especial, aquele que originou a edição das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, dando ensejo à discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Por outro lado, deu-se enfoque à situação dos filhos nesse contexto histórico, que passaram de objetos nas mãos dos pais para serem verdadeiros sujeitos de direito, o alvo principal de destaque a ser priorizado. Nesse sentido, toda a discussão aqui apresentada contextualiza-se no interesse melhor da criança. É dizer: a definição da guarda pressupõe aquilo que melhor atenderá aos anseios dos filhos, não o dos pais. E, por assim dizer, concluiu-se que a melhor alternativa para a formação psicológica, educacional e moral dos filhos é o compartilhamento da guarda, por apresentar um contato mais expressivo do genitor afastado do lar com a criança.

Tal modalidade se revela adequada ao desenvolvimento dos filhos, por trazer ambas as figuras parentais para jogo, sendo que o principal ganhador é a criança. Ora, seja por reduzir a incidência de alienação parental, seja por propiciar um ambiente mais adequado à formação dos filhos, a guarda compartilhada se mostrou ser uma ferramenta eficaz nos ambientes litigiosos. Ademais, como foi mencionado, o principal ponto para a criança é não sentir os efeitos da quebra do vínculo conjugal; importante, para ela, não importar se os pais ainda mantêm um vínculo amoroso, pois tais questões lhe são alheias, já que isso não deve interferir nos seus direitos enquanto criança. É de fundamental importância minimizar os impactos oriundos de uma separação, já que os filhos não tem culpa quanto a esta. E, nesse

diapasão, o compartilhamento da custódia veio como uma carta na manga, um mecanismo único de transcendência dos interesses do menor, servindo-lhe como uma espécie de proteção.

O compartilhamento da guarda traz à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais de maneira concreta, afastando a figura do “pai de fim de semana”, evitando o distanciamento provocado pela guarda unilateral. Ademais, as questões pertinentes aos interesses da criança são conjuntamente decididas, isto é, temas como saúde, educação e lazer são, agora, alvo de um comum acordo para determinar o melhor caminho a ser seguido. Sem falar que este ambiente compartilhado fecha as portas à alienação parental, reduzindo significativamente seus efeitos na criança, que agora terá um contato mais próximo com ambos os seus guardiões, no intuito de poder desfrutar dos ensinamentos proporcionados por eles.

Ora, a presença de ambos os pais é essencial para o bom desenvolvimento da criança, já que esta terá como referência para sua evolução cultural e educacional as lições ensinadas por ambos os genitores. Com efeito, uma criança que observe seus amigos da escola sendo cuidados por ambos os pais poderá perceber uma falta da figura parental, já que somente tem contato com um deles poucos dias da semana. Logo, não raro traumas psicológicos poderão emergir diante da ausência de um dos genitores no processo de desenvolvimento do menor. Não é difícil imaginar a situação de uma criança que, chegando na casa de um amigo seu para brincar, observe que este tem um pai e uma mãe presentes a todo instante, podendo gerar, inclusive, uma auto imagem negativa, considerando que a criança se sentirá diferente, isolada, por não possuir ambos os pais nos momentos da sua vida.

Assim, um quadro de incerteza e isolamento pode se instaurar na mente do menor, que passa cada vez mais a se enxergar como inferior àquele colega que possui uma família completa. Perguntas como “Por que eu não possuo um pai de verdade?” e “Por que meu amigo tem um pai e uma mãe sempre presentes e eu não?” fatalmente lhe induzirão a uma visão distorcida da realidade, ocasionando graves prejuízos à sua educação e vida social futuras.

Conclui-se, portanto, que o estabelecimento dessa modalidade de guarda deve ser efetivado prioritariamente, vale dizer, ainda quando não haja consenso entre os genitores, excetuados os casos em que um deles declare que não deseja a guarda. Caberá, portanto, aos operadores do direito por em prática todo o clamor legislativo em torno do tema, conferindo às nossas crianças o direito de poder ter um pai e uma mãe de verdade.

É de fundamental importância o papel dos pais na formação e educação dos filhos, sendo relevante frisar a sua função na regulação da estabilidade emocional das crianças,

sobretudo quando estas estão em pleno crescimento e desenvolvimento. Logo, os pais são peça fundamental na construção da personalidade de seus filhos, tanto nos aspectos educacionais quanto nos emotivos. Deve-se priorizar, em suma, a qualidade das relações estabelecidas entre estes personagens, mais do que a frequência com que ocorrem, em obediência ao supremo interesse do menor enquanto pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada** – Uma nova realidade para o Direito de Família Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALVES, Françoasy R. C. **Guarda Compartilhada**: uma análise à luz do princípio do bem estar e do interesse da criança e do adolescente. Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: <[http://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1836/6/Guarda % 20 compartilhada_Monografia_Alves.pdf](http://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1836/6/Guarda%20compartilhada_Monografia_Alves.pdf)> Acesso em 06.06.2018.

BOWLBY, J. **Apego e perda**: Apego, a natureza do vínculo . Vol 1. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental**: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Juruá, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Alienação Parental será tema de diálogo digital do CFP**. 2018. Disponível em <https://site.cfp.org.br/alienacao-parental-sera-tema-de-dialogo-digital-do-cfp/>. Acesso em 10/06/2018.

DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3ª ed. São Paulo: Pearson, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: direito de família. Vol. 05. São Paulo, Saraiva, 2010.

DOLTO, François. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1989.

FERNANDES, Daniele Aparecida; ARAUJO, Juliana Nascimento D. **Análise do rompimento de vínculo em um processo de adoção**: um estudo de caso. Monografia apresentada ao Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UNISALESIANO. Disponível em <http://www.unisalesiano.edu.br/biblioteca/monografias/54828.pdf>. Acesso em 10.06.2018.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. “**Síndrome da Alienação Parental**”.2006. Artigo publicado na Revista IBDFAM – ano 8, nº 40, Fev/Mar/2007. Disponível em <http://priscilafonseca.com.br/sindrome-da-alienacao-parental-artigo-publicado-na-revista-do-caocivil-no-15-ministerio-publico-do-estado-do-para-jandez-2009-revista-ibdfam-ano-8-no-40-f/> Acesso em 11/03/2018.

FORBES. **Brasil ocupa a 52ª posição em ranking dos países que mais cumprem as leis**. Disponível em <https://forbes.uol.com.br/listas/2018/02/brasil-ocupa-a-52a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-cumprem-as-leis/>. Acesso em 01/05/2018.

GOMES, Adriana de Albuquerque; MELCHIORI, Lígia Ebner **A teoria do apego no contexto da produção científica contemporânea**. Dissertação (mestrado) - Universidade

Estadual Paulista, Faculdade de Ciências, 2011. Disponível em:
<<http://hdl.handle.net/11449/97442>>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatística do Registro Civil de 2016**. Disponível em
https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf.
Acesso em 02/04/2018.

LAGRASTA NETO, Caetano et al. **Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Vol. 05. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANNONI, Maud. **A Primeira Entrevista em Psicanálise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1980.

MIGUEL, Jamil. **A guarda compartilhada agora é regra**. Comentários à Lei n. 13.058/2014. Campinas: Millennium, 2015.

MONTANO, Carlos. **Alienação Parental e Guarda Compartilhada: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: A criança alienada**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, vol. 5: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos. **Desenvolvimento Humano**. Trad. Daniel Bueno. 7ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

PEREIRA, Dorival Bernardino. **A guarda compartilhada e seus aspectos frente ao ordenamento jurídico brasileiro atual**. Monografia apresentada à Universidade do Vale do Atajaí. Tijuca, 2008. Disponível em
<http://siaibib01.univali.br/pdf/dorival%20bernardino%20pereira.pdf>. Acesso em 02/04/2018.

PIRES, Luiz José. **A guarda compartilhada: uma realidade a ser conquistada**. Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em :

<http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/33751-44010-1-PB-pdf>. Acesso em 02.06.2018.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental**: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em 14/03/2018

SANTOS, Mariana Monteiro. **Os efeitos do divórcio na família com filhos pequenos**. Disponível em http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL_0342.Pdf. 2013. Acesso em 02.05.2018.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre a Guarda Compartilhada**. 2ª ed. São Paulo: Mizuno, 2008.

SILVA, Andressa Leite da. **Síndrome da Alienação Parental**. Monografia apresentada à Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2016. Disponível em <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/05/ALIENACAO-PARENTAL.pdf>. Acesso em 06/05/2018.

SILVA, Daniel Vinícius Ferreira da. **Modalidade de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/56157/modalidades-de-guarda-existent-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 10/04/2018

SILVA, D.M.P. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental**: o que é isso? 2ª ed. Campinas: Autores Associados, 2011.

SILVA, D.M.P. **Mediação e Guarda Compartilhada** – conquistas para a família. Curitiba Juruá, 2011.

SILVA, Evandro Luiz. **Guarda de filhos**: aspectos psicológicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SOUZA, R.P.R. **Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica**. IBDFAM. Disponível em : <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=541>. Acesso em 05/04/2018.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família, vol. 5. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A (des)necessidade da Guarda Compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental**. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 1.0313.13.003158-3/001, Rel. Des. Washington Ferreira, Data de Julgamento 06/08/2013, Dje 09/08/2013. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/>. Acesso em 26/05/2018.

VELOSO, Zeno. **Direito Civil: Temas**. Pará: Forense. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VICENTE, Gabriela. **Guarda compartilhada: a busca pelo melhor interesse do menor..** Monografia apresentada à Universidade do Vale do Itajaí. Tijucas, 2010. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/gabriela%20vicente.pdf>. Acesso em 07/07/2018.