

A GUARDA COMPARTILHADA E OS DESAFIOS A SUA IMPLEMENTAÇÃO

Lorena de Araújo Queiroga e Silva¹

Orientador: Prof. Msc. Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

O Direito das famílias nestas últimas décadas tem passado por muitas transformações. E estas são frutos da evolução do pensamento humano o qual trouxe uma nova forma de fundamentar a família. A família da atualidade está baseada nos laços da afetividade e, sendo assim, perdeu seu caráter produtivo e reprodutivo. Mesmo assim, não será possível o desaparecimento do casal parental, pois este deverá ter a responsabilidade, de forma igualitária, para criar, educar e proteger seus filhos comuns. Assim, surge o instituto da guarda compartilhada que o presente estudo irá analisar tendo em foco os desafios a sua implementação. Este estudo se desenvolverá através de pesquisas bibliográficas e jurisprudências.

Palavras Chaves: Direito das famílias; Guarda Compartilhada; Desafios a sua implementação.

ABSTRACT

The right of the families on the last decades has been through many transformations. Those a fruit of the evolution of humans' though which brought a new way of ground the family. Nowadays, family is based in affection bounds and, as so, lost its productive and reproductive character. Even like this, the disappearance of parental couple will not me possible, since it has to have the responsibility, equally, of raise, educate and protect their children. With that, the institute of shared custody (instituto de guarda compartilhada em tradução livre) comes up, which will be analyzed by this study focusing on the challenges of its implementation. This study it's going to be develop through bibliographic researches and jurisprudence.

Key words: Family rights; shared custody; challenge of implementation.

¹ Discente do Curso de Direito da UNI-RN. E-mail: lorena_queiroga@hotmail.com

² Docente da UNI-RN - Mestre em Direito pela UFRN.

INTRODUÇÃO

Ao pronunciarmos a palavra “família” a nossa mente logo nos leva a pensar em um agrupamento humano onde, geralmente, os vínculos sanguíneos são fortes ao ponto de um indivíduo ser capaz de defender outro pelo simples fato de pertencerem à mesma família, ou seja, pelo simples caso de ser descendente do outro, ou ambos serem descendentes do mesmo ancestral.

Contudo, sabemos que nas últimas décadas várias transformações sociais, pois não podemos esquecer que a família também é um fenômeno social, trouxeram uma nova disposição às relações interpessoais no seio familiar.

Por isso, nosso estudo se inicia com um breve histórico sobre a evolução dessa sociedade tão dinâmica, chamada família. Veremos que nos ensinamentos da doutrinadora Maria Berenice Dias, “a família é considerada o primeiro agente socializador do homem”, além de ser considerada “um terreno fecundo para o desenvolvimento humano em seus vários aspectos: biológico, psicológico e cultural” que de modo positivo pontuam os ilustres juristas Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald.

Analisaremos, sucintamente, a evolução legislativa alcançada a partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988, quando homens e mulheres foram declarados iguais em direitos e obrigações.

E chegaremos ao grande ápice da liberdade, alcançado através da Emenda Constitucional nº 66/2010, quando incluindo o parágrafo 6º ao artigo 226 da Magna Carta, instituiu o divórcio como um meio de extinção da sociedade conjugal.

Entretanto, perceberemos que a família, base da sociedade, sempre esteve amparada juridicamente pelo Estado, pois o respeito ao macro princípio da dignidade da pessoa humana do qual é originário o princípio do melhor interesse do menor, vai fazer surgir a Lei 11.698/2008 garantindo a proteção das crianças e adolescentes por ambos os seus genitores, mesmo após a desconstituição da sociedade conjugal.

Neste diapasão, iremos estudar de forma mais enfática a relação existente entre o poder familiar e o instituto da guarda compartilhada sem nos esquecer de analisarmos os desafios a sua implementação.

O poder familiar que nas civilizações antigas estava muito ligado ao poder incontestado que o *pater* (pai) exercia sobre os membros do seu clã, ao ponto de decidir quem viveria ou morreria, com o passar do tempo foi sendo abrandado até chegar aos nossos dias pautado apenas na proteção.

E como nos ensina o doutrinador Waldyr Grisard Filho, o poder familiar é um conjunto de direitos, exercidos pelos pais, mas sempre no melhor interesse da sua prole. Assim, perceberemos que aquele poder é muito mais um dever mútuo de compreensão e proteção da família.

Já a guarda é um atributo valioso do poder familiar, sem que com aquele se confunda, pois, aquela tanto representa a custódia física como também um meio de proteção a qual pode ser atribuída à ideia de educação dos filhos. E nesse sentido, guiados pelos ensinamentos da doutrinadora Ana Carolina Brochado Teixeira, seremos conduzidos à compreensão da diferença entre criar e educar os filhos.

Analisaremos, ainda, a importância da guarda compartilhada no desenvolvimento da prole. O quão salutar é a convivência entre pais e filhos, afinal o vínculo entre estes é indissolúvel porque resulta da parentalidade.

Mas, a nossa sociedade, ainda, terá que vencer obstáculos impeditivos à implementação da guarda compartilhada.

Obstáculos como a incapacidade de diálogo dos ex-cônjuges ou ex-companheiros pós-divórcio; as mágoas, o ciúme, todos podem desencadear a problemática da alienação parental porque são considerados motivos impeditivos à aplicação da Lei 13.058/2014.

A Lei supracitada regulamenta a guarda compartilhada como regra geral e básica, mesmo quando, entre o ex-casal, não há consenso sobre quem deve ficar com a custódia dos filhos comuns.

Revelam-se serem estes os motivos preponderantes deste estudo.

2 A FAMÍLIA

2.1 Breve registro histórico

Ao iniciar sua obra intitulada “Curso de Direito Civil 6 Família”, os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³ fazem uma afirmação onde o leitor perceberá de imediato a inexistência de dúvidas quanto a origem da instituição família, pois lá está expresso: “Dúvida inexistente de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social...”

E será partindo de tal afirmação que iniciaremos a nossa análise sobre essa instituição tão antiga e remota, mas, ao mesmo tempo, tão apaixonante e dinâmica chamada família, até chegarmos ao conceito da guarda compartilhada e os desafios a sua implementação, motivo principal deste estudo.

Se lançarmos um olhar para as últimas décadas, logo perceberemos que as relações familiares têm sofrido grandes transformações.

Sabemos, conforme os ensinamentos de Maria Berenice Dias⁴, que “a família é o primeiro agente socializador do ser humano e que sua estruturação só foi possível após a passagem do homem do estado de natureza para o estado da cultura”.

Pois, “é inserido no seio familiar que o homem irá desenvolver e modelar suas potencialidades com o propósito da convivência social e da busca de sua realização pessoal.” Por isso, “a família representa o terreno fecundo para o desenvolvimento humano em seus vários aspectos: biológico, psicológico e cultural” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.3). Ao fazer tal afirmação, os doutrinadores supracitados ressaltam a importância da família no complexo desenvolvimento humano apontando de classificá-la como o lugar perfeito para a troca de experiências.

E, corroborando com esse entendimento, a antropóloga Cynthia A. Sarti afirma: “a família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida”. (SARTI apud FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 3).

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 6 Famílias. 7 ed rev. Ampl. Atual – São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9 ed ver atual e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

Nesse mesmo sentido, Maria Berenice Dias assevera: “a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.” (DIAS, 2013, p. 27).

O que nos faz concluir: a família é um fenômeno humano que fundamenta a sociedade.

E foi justamente por isso que essa instituição social básica mereceu especial atenção do Estado⁵ que com o intuito de organizar os vínculos interpessoais e, por conseguinte, controlar a sociedade, instituiu o casamento como sua única forma de estruturação familiar.

Por anos a sociedade seguiu o modelo familiar traçado pelo Estado que muito deixa transparecer a influência religiosa dando ao casamento uma áurea de sacralidade e indissolubilidade.

Lembremos que nessa época a família era concebida como uma unidade produtiva, refletindo os valores daquela sociedade patriarcal, hierarquizada e patrimonialista. Nesse modelo familiar as funções exercidas pelo homem e pela mulher estavam bem definidas. A mulher, totalmente submissa à autoridade do marido, tinha como principal tarefa a administração do lar e o cuidado exclusivo na criação da prole. Já ao marido, por ter de trabalhar fora de casa, cabia-lhe a função de provedor motivo pelo qual não se envolvia com as rotinas domésticas.

Mas, essa realidade mudou com os novos ideais trazidos pela Revolução Industrial. Esta necessitava de muita mão de obra no setor terciário e para suprir tal necessidade a mulher ingressou no mercado de trabalho.

Após essa inserção, a família será reestruturada ao ponto de perder o seu caráter produtivo e reprodutivo e o homem já não será mais visto como o único provedor familiar.

A família, agora, pugna por uma maior integração entre os seus membros os quais irão dá ênfase aos vínculos afetivos. “Surge à concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor.” (DIAS, 2013, p. 28).

E, se aquela está assim fundamentada, no amor, acreditamos não ser mais possível manter a sua indissolubilidade quando tão nobre sentimento já não existe.

⁵ Artigo 226, CRFB/88 – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. ”

Para isso, foi necessário conclamar o Poder Legislativo a tutelar a autonomia das partes de modo que as pessoas tivessem maior liberdade no sentido de constituir ou desconstituir seus laços afetivos.

Neste diapasão vão surgindo novas Leis. Uma Lei bastante expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/62 – porque além de reconhecer à mulher casada sua capacidade plena, assegurou-lhe o domínio exclusivo dos bens conquistados com o fruto do seu trabalho. A mulher outrora submissa ao seu marido, agora, revela-se como um ser de projeção social.

Surgem a Emenda Constitucional nº 9 e a Lei 6.515, ambas de 1977, extirpando a ideia da sacralidade matrimonial no âmbito do direito civil. Ressaltamos que até a presente data somente o desquite colocava fim ao casamento, mas, este, entretanto, não punha fim ao vínculo existente entre o homem e a mulher.

Quando em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal, esta inaugurou um novo tempo na sociedade brasileira, consagrando a tão almejada igualdade entre o homem e a mulher. Reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar e assim, também, a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes.

Essas profundas transformações derogaram vários dispositivos da legislação pela não recepção constitucional. Este fenômeno fez o código civil perder o status de lei fundamental na seara civil porque todo o ordenamento jurídico deveria ser interpretado à luz da Constituição.

Nesse contexto, surge a Lei 11.441/2007, regulamentada através da Resolução nº 35 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça - que ao acrescentar o artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil abriu a possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer na seara extrajudicial.

Sim, essa Lei foi o primeiro passo jurídico rumo ao divórcio direto. Contudo sua aplicação estava restrita a observância de alguns requisitos:

- a) O divórcio tinha que ser consensual;
- b) O casal não poderia ter filhos menores ou incapazes;
- c) Havia a necessidade de se observar os prazos legais, ou seja, o casal deveria estar separado judicialmente por mais de um ano ou separado de fato a mais dois anos.

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁶:

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 6 Famílias. 7ª ed rev. Ampl. Atual – São Paulo: Atlas, 2015 – p. 348.

Eis o sinal dos tempos: afirma-se o direito de não manter o núcleo familiar constituído, dissolvido o casamento ou a união constituída, como consequência natural da proteção da dignidade da pessoa humana.

A plenitude desse direito ocorreu com a Emenda Constitucional nº 66/2010 a qual alterou o texto do artigo 226 da Constituição Federal com a inserção do parágrafo sexto.

Artigo 226, § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Expurga-se do ordenamento pátrio a figura da separação, pois a partir de agora é possível à dissolução do vínculo matrimonial respeitando-se tão somente a manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges ou companheiros.

Novos desafios, novas leis, novos paradigmas a serem vencidos. Sempre que a sociedade repensa seus valores surgem novos questionamentos e se por um instante tudo parece estar elucidado, logo iremos descobrir que não é bem assim.

Entendemos que o divórcio se tornou comum ao cotidiano das famílias brasileiras instigando o legislador a pensar em uma forma de resolver ou amenizar a ansiedade, dúvidas e incertezas, não somente da prole, mas também dos seus genitores, com o futuro incerto pós-divórcio.

Em tais circunstâncias é comum depararmos com as seguintes indagações: De quem é a responsabilidade de criar e educar as crianças? Com quem elas devem ficar? Com o pai ou com a mãe? Se a mãe fica com as crianças, isso significa que o pai está desobrigado de suas responsabilidades paternas ou vice-versa?

Após anos de lutas e esforços, nos dirá Ana Carolina S. Akel (2010, p. xiv), o desejo de muitos pais tornou-se uma realidade jurídica quando em 13 de junho de 2008 a Lei 11.698, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, inseriu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

E muito mais próximo do desejável, quando em 22 de dezembro de 2014 o então Projeto de Lei 117/2013 transformou-se na Lei 13.058 estabelecendo a guarda compartilhada como regra geral e básica até mesmo quando há divergência entre os genitores sobre essa questão.

É certo que com essa mudança legislativa a guarda compartilhada passa a ser um direito plenamente garantido à criança e ao adolescente, pois através dela o casal parental continuará a existir.

Entretanto, essa nova hermenêutica jurídica exigirá uma maior conscientização e conhecimento por parte de todos os cidadãos porque a ideia de pais ou mães de fins de semana e feriados deverá ser expurgada de nossa sociedade bem como do ordenamento jurídico positivo, afirma categoricamente Ana Carolina S. Akel. (2010, p. xv).

Mas para que possamos entender o instituto da guarda compartilhada e traçar uma análise sobre o desafio a sua implementação, necessário se faz a compreensão da relação harmoniosa existente entre o instituto da guarda e o poder familiar.

2.2 O poder familiar e a guarda

Como a mais antiga de todas as sociedades e sendo também considerada a única natural, revela-se a família como o lugar perfeito para o surgimento dos laços afetivos entre pais e filhos.

Consoante Rousseau (ROUSSEAU apud AKEL, 2010, p.16):

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural é a família: os filhos permanecem ligados ao pai apenas durante o tempo em que têm necessidade dele para se conservar. Assim que esta necessidade cessa, o laço natural se dissolve. Os filhos ficam isentos da obediência que deviam ao pai; o pai fica isento dos cuidados que devia aos filhos, retomando, assim, todos igualmente, a independência. Se continuam unidos, não é mais naturalmente, é voluntariamente; e a própria família se mantém apenas por convenção.

Dessa citação depreendemos a natural necessidade de os filhos estarem ligados ao pai como uma forma de conservar a própria vida. E para isso, o pai exerce sobre aqueles um poder que na antiguidade dava-se o nome de *pater potesta* (poder do pai).

Nas civilizações antigas, mais precisamente em Roma, o *pater postesta* era exercido de modo absoluto, ou seja, o varão, o homem, o pai era o Senhor Supremo da religião doméstica. Esse poder muitas vezes severo e incontestável fazia do homem o responsável pela perpetuidade da própria família.

Reforça Akel (2010, p. 4) “além de conduzir a religião perante o grupo familiar, estabelecendo a disciplina e a ordem que deveria sempre ser obedecida, ao *pater* era permitido, inclusive, punir, vender, e matar os membros de seu clã.”

A família naquela época podia ser conceituada como um grupo de pessoas que estavam sobre a égide do *pater potestas*.

E por ser assim, no aspecto patrimonial os filhos nada possuíam, ou seja, todos os bens pertenciam ao pai porque aqueles não tinham a capacidade de direito, sendo considerados, assim como a esposa, incapazes.

Ora, o varão, senhor da família, se beneficiava de toda a vantagem patrimonial obtida pelos filhos, pois somente o pai era considerado plenamente capaz, *sui iuris*.

Entretanto, com o passar do tempo, as influências do poder familiar foram sendo abrandadas e modificadas até alcançar seu real sentido, a proteção.

Essa compreensão mais branda da autoridade paterna foi trazida ao Brasil pelos povos estrangeiros possibilitando, desse modo, a evolução da família que passou a buscar a restrição da autoridade do *pater* (pai), conferindo uma maior autonomia a mulher e aos filhos (AKEL, 2010, p. 4).

O abrandamento ocorreu justamente com a exclusão do *ius vitae necisque* (direito de vida e morte), além da modificação na forma de administração do patrimônio familiar que, antes uno, agora individualizado, possibilitando aos filhos o cuidado com seus pecúlios. (AKEL, 2010, p. 4).

Atualmente, o poder familiar está baseado totalmente sob o princípio de mútua compreensão, proteção dos menores e dos deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade.

Nesse sentido, ensina-nos Waldyr Grisard Filho (2013, p. 46) que: “O poder familiar, não é um conjunto de direitos que se exercem no interesse exclusivo de seus titulares, o pai e a mãe, mas do exercício de um dever em atenção aos interesses dos filhos.”

Esse entendimento doutrinário muito se deve as muitas modificações havidas no relacionamento entre pais e filhos, pois estes deixaram de serem vistos como objetos e passaram a serem considerados sujeitos de direitos.

Segundo Ana Carolina Akel (2010, p. 5), o novo significado do poder familiar busca a valorização da convivência e a participação de todos os membros do grupo familiar o qual está fundamentado não na supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

Isto posto, observamos que o poder familiar, nomenclatura atual para a expressão *pater potestas*, se harmoniza com o Princípio da Isonomia entre homens e mulheres – artigo 5º, inciso I da Constituição Federal.⁷

Esse posicionamento é ratificado pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – em seu artigo 21:

Artigo 21, ECA – O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (grifos nossos)

Outro ponto a ser ressaltado sobre o poder familiar é que este tem de ser exercido, unicamente, no superior interesse do menor e, por isso, deixa de ser um poder para constituir um dever, uma responsabilidade, o cumprimento de uma função, (GRISARD FILHO, 2013, p 44). Quanto ao instituto da guarda percebemos que esta só ganha ênfase no direito positivo quando a sociedade conjugal chega ao fim.

Porém, aquela é um atributo do poder familiar presente tanto na constância quanto na extinção da relação conjugal ou até mesmo quando esta relação inexistente, ou seja, a existência da guarda independe do poder familiar (GRISARD FILHO, 2013, p. 57).

Para um melhor entendimento vejamos como alguns doutrinadores conceituam o instituto da guarda:

Segundo Maria Helena Dinis, “Guarda é instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor” (DINIS, 2008, p.605).

Entretanto, Ana Maria Milano Silva a compreende sob aspectos jurídicos - “No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.” (SILVA, 2012, p. 39).

Já Ana Carolina Brochado Teixeira nos traz um conceito bastante simplificado quando

⁷ Artigo 5º, I, CRFB/88 – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

afirma: “implica a guarda os cuidados cotidianos com o filho ” (TEIXEIRA, 2009, p.107).

Contudo, Waldyr Grisard Filho irá conceitua-la de forma bastante ampla, pois a vê como um poder dever: “...surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais...” (GRISARD FILHO, 2013, p.60).

Imprescindivelmente, a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, ou seja, de tê-lo junto a si, e, assim, direcionar sua conduta. Aquela contém o dever de vigilância o qual, lentamente e constantemente, atua decisivamente na formação e personalidade do menor.

Por isso, compreendemos que a guarda não é da essência do poder familiar, fazendo parte apenas de sua natureza, pois ambos convivem pacificamente, ou seja, a primeira não exclui o segundo. E sendo assim, “a guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior independência, possuindo desdobramentos próprios ” (GRISARD FILHO, 2013, p. 71).

Aqui destacamos o significado da palavra guarda – sinônimo do “ato ou efeito de guarda, vigilância, cuidado, amparo, defesa de uma pessoa contra qualquer dano ou perigo, abrangendo a ideia de proximidade física: reter junto a si, conservar consigo” (DE PLÁCIDO E SILVA apud GRISARD FILHO, 2013, p 59). Ou seja, “guarda tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais” (GRISARD FILHO, 2013, p. 59).

Nesse mesmo sentido percebe-se o entendimento jurisprudencial do Tribunal de São Paulo⁸ - Agravo de Instrumento nº 2051832-19.2015.8.26.000 – Processo Digital - o qual foi fundamentado conforme o artigo 7º da Resolução nº 551/2011 do mesmo tribunal, onde se lê – *“Os pais, no interesse da criança, devem empreender todos os esforços para garantir à filha, que se encontra sob a guarda do pai, o direito de também desfrutar da companhia da mãe. Sempre voltados para a aproximação, tanto quanto possível, do modelo da assistência compartilhada.” (decisão proferida em 27/03/2015).*

⁸ Jurisprudência dos tribunais – Disponível em: <http://criancafeliz.org/jurisprudencia-sobre-a-guarda-compartilhada>. Acesso em 31 outubro 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – 27/03/2015 - Nº 2051832-19.2015.8.26.0000 – Processo Digital. Petições para juntada devem ser apresentadas exclusivamente por meio eletrônico, nos termos do artigo 7º da Res. 551/2011 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SÃO JOSÉ DO RIO PRETO NOTIFIQUEM-SE, via de mandado, as partes a cumprir a decisão agora proferida. Frise-se, todavia, que o regime de visitação agora estabelecido não deve ser hermético. Ao revés, os pais, no interesse da criança, devem empreender todos os esforços para torná-lo mais elástico, garantindo à filha que, de fato, encontra-se sob a guarda do pai, o direito de também desfrutar da companhia materna, sempre voltados para aproximação, tanto quanto possível, do modelo da assistência compartilhada.

Percebemos que o Tribunal pugna pela manutenção da custódia física da filha com o pai, embora reforce a necessidade da guarda, no sentido de proteção, também ser extensiva a mãe.

E, assim é recomendado aos pais, tanto quanto possível, aproximarem-se do modelo da assistência compartilhada.

Diante do exposto em linhas pretéritas, resta evidenciado a existência da relação harmoniosa entre a guarda e o poder familiar.

3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPATILHADA

3.1 A guarda compartilhada

A Lei 11.689 de 2008⁹ traz expressamente o conceito da guarda compartilhada 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.

Isto significa que os pais mesmo estando divorciados e já não mais conviventes deverão manter a responsabilidade de proteger e educar os filhos comuns. Essa explanação já responde ao um dos primeiros questionamentos efetuados no início desse estudo.

A responsabilidade dos pais não se extingue com a finalização da sociedade conjugal, pois tal responsabilidade decorre da parentalidade. Seja esta originária do vínculo biológico ou jurídico.

De qualquer forma, repise-se à exaustão que os pais têm o poder-dever de assistir, criar e educar os filhos menores. E corroborando com este entendimento está o artigo 229¹⁰ da Constituição brasileira.

3.2 O direito dos filhos x deveres dos genitores

Segundo os ensinamentos de Ana Carolina Brochado, “o dever de criar começa com a

⁹ Lei 11. 698/2008 – Lei da Guarda Compartilhada

¹⁰ Artigo 229, CRFB/88 – “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

concepção, pois tem sua gênese no início da existência da criança.” (TEIXEIRA, 2009, p. 142).

O ato de criar está diretamente ligado ao suprimento das necessidades básicas, biopsíquicas do menor, ou seja, reporta-se aos cuidados com a saúde física e mental, apoio moral e psicológico, manifestações de afeto, assim como o suprimento material de vestir, abrigar, alimentar, além de proporcionar uma boa educação escolar.

Já o ato de educar é muito mais amplo, pois educar uma criança ou adolescente é dá condições para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Entretanto, nesse exercício os genitores deverão respeitar uma condição muito peculiar dos educandos, o desenvolvimento intelectual ou mental, ou seja, as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento e, justamente, por isso, cada fase do desenvolvimento é considerada como revestida de singularidade e completude relativa (TEIXEIRA, 2009, p. 141).

E para isso, é necessário que os pais, cumprindo com as suas responsabilidades, crie condições, observando as possibilidades econômicas de cada família, para o desenvolvimento da personalidade que lhes são próprias através de um processo dialógico, até mesmo porque, nesse contexto, quem educa, também, se educa. (TEIXEIRA, 2009, p. 144).

Desse modo, os filhos serão preparados a exercerem a cidadania e se qualificarem profissionalmente conforme o expresso nos artigos 3º e 53 do ECA¹¹.

Também cabe aos pais, o dever de corrigir e limitar. Esses deveres são importantíssimos, pois tem o nobre propósito de situar os filhos na sociedade, assim como, colaborar para a transmissão dos valores familiares.

O próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade da correção moderada. É o que se depreende ao fazer a exegese a “*contrarium sensu*” (contrassenso) do artigo 1.638, inciso I do código civil /02.¹²

É certo que o dever de corrigir encontra limites no princípio da dignidade da pessoa humana e na tutela da integridade física do filho, pois não será tolerada a exposição do menor

¹¹ Artigo 3º, ECA – “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

Artigo 53, ECA – “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.”

¹² Artigo 1.638, I do CC/02 – “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho.”

a situações degradantes como resta expresso no artigo 227 da Constituição.¹³

Isto posto, observamos que todos os deveres elencados no artigo 1.634¹⁴ do Código Civil brasileiro são impostos aos pais, ou seja, a lei valoriza a responsabilidade conjunta dos genitores em relação à prole.

Destarte, a importância da guarda compartilhada ou conjunta no exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos genitores o direito de participar das decisões importantes da vida de seus filhos.

O maior pressuposto desse modelo é a permanência e fortalecimento dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal.

3.3 A importância da guarda compartilhada

É visando o melhor interesse da criança que vários juízes e tribunais fundamentam suas decisões.

Vejamos que o Desembargador relator, Tribunal de Minas Gerais, Dr. Dárcio Lopardi Mendes, quarta câmara cível – Apelação Cível nº 1.0647.13.002668-3/00215 em sede de apelação evocou tão nobre princípio garantindo o melhor interesse da criança – *“O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar...”* (voto proferido em 19/03/2015).

É sabido que a entidade familiar na atualidade sofre constantemente influências culturais

¹³ Artigo 227, CRFB/88 – “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.”

¹⁴ Artigo 1.634, CC/02 – “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

¹⁵ APELAÇÃO CIVIL – DIREITO DE FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENORES - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – GUARDA COMPARTILHADA - POSSIBILIDADE. – [...] O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo família [...] (TJMG - AC nº 1.0647.13.002668-3/002, Relator Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, J. 19/03/2015).

as quais exigem uma adequação constante do ordenamento jurídico às novas realidades, assim tem-se assegurados os anseios da sociedade.

E como expresso no julgado supracitado o princípio do melhor interesse do menor surgiu baseado na primazia do princípio da dignidade da pessoa humana o qual é aplicado em todos os estágios do desenvolvimento do homem e em todas as esferas jurídicas.

Isto nos leva a verificar que havendo o desmembramento do casal conjugal a tendência é a desunião familiar.

Essa desunião resulta no distanciamento de um dos genitores em relação aos filhos do casal desunido. Esse fato traz grandes prejuízos às relações parentais.

É justamente para reequilibrar as relações parentais entre pais e filhos que surge a guarda compartilhada ou, também, denominada de guarda conjunta. Ela tem a nobre finalidade de manter, mesmo após o rompimento da sociedade conjugal, os vínculos afetivos e indissolúveis entre pais e filhos.

A premissa maior sobre a qual se constrói essa guarda é a de que “o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que é preciso e sadio que estes sejam educados por ambos os pais.” (AKEL, 2010, p. 104)

Ensina-nos Maria Helena Rizzi (RIZZI apud AKEL, 2010, p. 104):

Não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes e ou ausentes e, certamente, sempre é melhor que estejam presentes na vida de seus filhos.

Corroborando com esse entendimento, vejamos alguns trechos do parecer do magistrado Ronaldo Martins¹⁶, juiz da 1ª Vara de Família do Rio de Janeiro:

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, e o fato de viverem estes separados não pode retirar da criança esse direito[...] O convívio do filho com o pai ou a mãe que não tem a sua custódia não pode ser denominado de visita e não pode ser esporádico como é adotando-se o sistema padrão. Nada impede, por exemplo, que o pai com quem não reside o menor possa levá-lo ao colégio ou lá recebê-lo ao final das aulas e levá-lo para casa, sua ou dele, um dia ou outro da semana, ou levá-lo ao curso de língua estrangeira, balé, clube ou academia de ginástica, médico ou dentista. Nada pode impedir que fale com o filho ao telefone para saber como foi o seu dia na escola, se foi bem

¹⁶ Ronaldo Martins (Juiz da 1ª Vara de Família do Rio de Janeiro), parecer sobre guarda de filhos de pais separados. Disponível em: www.apasepr.com.br/parecer.asp. Acesso em: 30 outubro 2015.

nas provas, ou o convida para pescar, assistir a uma partida de futebol no fim de semana ou feriado [...] (grifos nossos)

Por ser assim, está evidenciado que independentemente da situação vivenciada pelos genitores, a relação destes com seus filhos não poderá ser quebrada ou desconstituída, pois o vínculo que os uni é contínuo, perpétuo e indissolúvel.

Embora a sociedade conjugal encontre-se desconstituída, deverá permanecer a família biparental e não a monoparental. Almeja-se a manutenção do casal parental (comunidade dos pais) mesmo com o desaparecimento do casal conjugal. (AKEL, 2010, p. 105).

Entretanto, para a sobrevivência da família biparental é de grande importância que entre os genitores haja a possibilidade de diálogos harmoniosos em relação à prole, ou seja, *litígios pessoais ou que envolvam questões como a partilha de bens, não podem interferir e nem atingir a vida dos filhos comuns do ex-casal*.

3.4 O exercício igualitário da autoridade parental na guarda compartilhada

A guarda compartilhada ao ser confrontada com outras modalidades de guarda demonstra uma vantagem bastante significativa, pois permite a participação conjunta dos pais, mesmo após o rompimento do casal, no exercício igualitário da autoridade parental.

Ao analisarmos o artigo 1.632¹⁷ do Código Civil, verificaremos que o rompimento do casal não modifica a relação entre pais e filhos, senão quanto ao direito de ter os filhos em sua companhia quando não se é o genitor guardião.

Em seu artigo intitulado – Guarda Compartilhada: aspectos teóricos e práticos – Suzana Borges Viegas de Lima¹⁸ aduz que a interpretação desse artigo gera bastante polêmica porque alguns doutrinadores entendem que, após o divórcio, ambos os genitores continuam com igual titularidade e exercício da autoridade parental, enquanto outros defendem a tese de que apenas a titularidade se mantém inalterada. (LIMA, 2006, p. 22–26).

¹⁷ Artigo 1.632, CC/02 – “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. ”

¹⁸ Suzana Borges Viegas de Lima é advogada e membro do Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM, em Brasília / DF.

Tal polêmica se sustenta porque o genitor não guardião sofre clara diminuição em sua autoridade parental devido ao seu afastamento dos filhos consequência da falta de comunicação com o ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Entretanto, assim como a autora supracitada, também nos filiamos ao entendimento da inalterabilidade do exercício da autoridade parental mesmo após o rompimento da sociedade conjugal.

Nesse sentido Gustavo Tepedino (TEPEDINO apud LIMA, 2006, p. 22 – 26):

A dissolução da sociedade conjugal em nada altera as responsabilidades dos pais pelo exercício do chamado “poder familiar”. (aspas no original)

Mas, deixemos claro que o exercício igualitário da autoridade parental só será possível quando o ambiente familiar, pós-ruptura conjugal, é propício ao diálogo e a participação igualitária de ambos os pais, os quais são elementos essenciais para a adoção e o sucesso da guarda compartilhada.

Assim, compartilhamos o entendimento de que a implementação da guarda conjunta proporciona aos pais a possibilidade de uma participação efetiva e igualitária no processo educativo e de formação da prole, que, por sua vez, se beneficia da presença física, afetiva e moral de ambos os genitores, imprescindível ao seu desenvolvimento saudável.

4 OS DESAFIOS A IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o advento da Lei 13.058/2014¹⁹ passamos a ter *a guarda compartilhada como regra geral e básica* nos casos de dissolução da sociedade conjugal. Essa lei definiu a expressão guarda compartilhada como sendo a divisão de tempo, de forma igualitária, entre o pai e a mãe para um convívio com os filhos comuns, porém sempre observando de maneira muito enfática, o princípio do melhor interesse dos infantes e as condições fáticas do caso concreto.

Todavia, no mundo jurídico muitas críticas têm surgido a esse respeito. Uma das principais críticas é a imposição compulsória da guarda conjunta mesmo quando os genitores

¹⁹ Lei 13.058/2014 – Lei que define a expressão guarda compartilhada e dispõe sobre sua aplicabilidade.

não tenham firmado um consenso a esse respeito.

A antiga Lei 11.698/2008 já previa a possibilidade da guarda compartilhada, mas não como uma imposição compulsória e sim como uma *possibilidade* a ser concedida, pois essa modalidade de guarda poderia ser requerida pelos pais em consenso ou por qualquer deles, ou ainda, a requerimento do Ministério Público.

Assim, na audiência de conciliação e julgamento o magistrado informaria ao pai e a mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos a ambos e as sanções cabíveis nos casos de descumprimento de suas cláusulas.

Bem sabemos, conforme já pontuado, que para o devido êxito da implementação da guarda compartilhada os genitores terão que saber separar os problemas ou desafios conjugais e enaltecer o diálogo em prol do melhor interesse dos filhos comuns.

Por isso, iremos pontuar alguns obstáculos a serem vencidos por todos aqueles que precisarão ou, talvez, um dia precisaram passar pelos dissabores de um processo de desconstituição da entidade familiar.

4.1 A falta de diálogos harmoniosos entre o ex-casal

Uma das principais vantagens da guarda compartilhada é a efetiva participação de ambos os genitores no processo de educação e formação dos filhos. Esse modelo de guarda pugna por uma relação continuada entre pais e filhos, mesmo após a desconstituição da entidade familiar.

Deirdre Neiva ensina (NEIVA apud AKEL, 2010, p.107): “A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade.”

Outra vantagem muito significativa é a não necessidade de os filhos terem que optarem por um dos genitores a título de guardião, ou seja, ter que escolher um de seus pais para que este obtenha da justiça a guarda. Tal atitude, geralmente, vem acompanhada de muita angústia e sofrimento porque os filhos sentem-se divididos com relação ao sentimento de afeto

direcionado aos genitores. Muitos desses filhos têm medo que tal escolha possa desencadear um sentimento de mágoa no genitor preterido.

O ideal é que a aplicabilidade da guarda compartilhada seja efetuada mesmo nas hipóteses em que, entre o casal, haja litígio pessoal envolvendo discussões sobre bens, partilha, contanto que tais conflitos não atinjam os filhos. (AKEL, 2010, p. 105)

Embora, concordemos com a autora supracitada, é muito difícil que, após a ruptura, não haja mágoa. Entretanto, essa modalidade de guarda poderá ser estabelecida tanto nos casos litigiosos quanto nos consensuais. Apenas, ressaltamos que as controvérsias não podem se referir à prole. (AKEL, 2010, p. 106)

Outro aspecto bastante importante a se observar é que com o compartilhamento da guarda há uma significativa diminuição do sentimento de abandono por parte da prole, além do genitor não guardião, também, não se sentir um mero expectador nas tomadas de decisões relacionadas à vida de seus filhos.

Ao compartilhar a guarda, o genitor não guardião se sente, ainda, participante das tomadas de decisões na educação e formação de seus filhos. Assim, tem-se preservado o vínculo afetivo entre pais e filhos.

Ana Carolina Akel irá nos ensinar que “a certeza de que os vínculos com os pais serão mantidos, ainda que estes não mais compartilhem o mesmo lar, é de suma importância para que os filhos percebam que ainda há lugar para eles na vida do pai e da mãe.” Essa certeza dissipará o medo de perdê-los. (AKEL, 2010, p. 109).

A sensação de proteção e segurança criada pela cooperação entre os pais será muito salutar para o sadio desenvolvimento da prole.

Não obstante, pais que não conseguem manter um diálogo harmonioso pós- dissolução conjugal prejudica a educação de seus filhos, impossibilita a aplicabilidade da guarda compartilhada, além de gerar sofrimentos aos filhos.

E nesse sentido os Tribunais tem se pronunciado pelo não aplicação da guarda compartilhada.

Olhemos com bastante atenção como foi fundamentado o voto do Desembargador relator, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo provimento foi negado.

Agravo de Instrumento nº 70064648017²⁰, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/08/2015): *“O laudo social evidencia que o menino tem boa vinculação com ambos os genitores. No entanto, eles não mantêm diálogo minimamente razoável, que viabilize equacionar os interesses do filho. ” [...] “Nesse contexto, a guarda compartilhada, mormente em caráter provisório, é de difícil implementação, devendo, ao menos por ora, ser mantida a guarda unilateral ao genitor, garantindo à agravante o direito de visitas ao filho. ” (grifos nossos)*

É certo que nas famílias onde existe a prevalência das desavenças e desrespeito, há sem sombra de dúvidas, a inviabilidade da aplicação da guarda compartilhada. E nestes casos, os magistrados visando o princípio do melhor interesse do menor aplicará outro modelo de guarda.

Geralmente, na ocorrência da impossibilidade de diálogos amistosos os magistrados têm preferido à guarda unilateral²¹, deferindo-a ao genitor que melhor tem condições de guardar os filhos menores, enquanto ao outro será assegurado o direito amplo de visitas.

E, mesmo assim, a guarda unilateral obriga o genitor não guardião a supervisionar os interesses do filho. É o expresso no artigo 1.583, § 3º do Código Civil²².

As desavenças e falta de respeito entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros é um dos obstáculos à implementação da guarda compartilhada, pois ao analisarmos o inteiro teor do acórdão retro citado percebemos que o ilustre Desembargador relator, Dr. Luiz Felipe Brasil Santos, fundamentou seu voto pela não aplicação da guarda compartilhada, evidenciando o intenso clima de discórdia entre os genitores do infante.

A exemplo, tem-se o laudo social realizado com o grupo familiar, onde **se verifica as severas dificuldades de ambos os genitores em manter uma comunicação razoável, no que diz respeito à educação do filho.**

As acusações mútuas permitem suspeitar que o menor pode estar sendo vítima de alienação parental de parte a parte, com indicativo de participação dos respectivos companheiros. No meio da disputa, está A. **Embora tenha ficado**

²⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. VISITAS. O laudo social evidencia que o menino tem boa vinculação com ambos os genitores. No entanto, eles não mantêm diálogo minimamente razoável, que viabilize equacionar os interesses do filho. Ademais, há indicativos de que a criança possa estar sendo vítima de alienação parental de parte a parte. Nesse contexto, a guarda compartilhada, mormente em caráter provisório, é de difícil implementação, devendo, ao menos por ora, ser mantida a guarda unilateral ao genitor, garantindo à agravante o direito de visitas ao filho. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Agravo de Instrumento Nº 70064648017, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/08/2015).

²¹ [...] é modalidade de guarda estabelecida a um só dos genitores, com o estabelecimento do regime de visitas [...] (DIAS, 2013, p. 458)

²² Artigo 1.583, § 3º, Código Civil /02 – “A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. ”

evidenciado que o infante tem boa vinculação afetiva com os genitores, também é claro que tem sofrido com a situação (fls. 46-48):

Assim, embora singela a prova destes autos, **vê-se que a guarda compartilhada mostra-se inapropriada...** (Agravado de Instrumento Nº 70064648017, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/08/2015). Sic (grifos nossos)

Outro obstáculo suscitado pelo desembargador relator do acórdão em epígrafe é a interferência dos novos cônjuges ou companheiros dos genitores do menor. Devemos lembrar que os novos cônjuges ou companheiros dos genitores do menor não podem *interferir ou dificultar* o relacionamento parental dos filhos dos seus cônjuges ou companheiros advindos de relacionamentos anteriores. Isto já é previsto pelo próprio Código Civil de 2002 em seu artigo 1.636.²³

Lembramos que tal vedação é também imposta ao novo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe que mesmo na condição de solteiros contraírem núpcias, tudo conforme o parágrafo único do supracitado artigo.

Corroborando com esse entendimento, apresentamos mais um trecho do voto proferido pelo ilustre Desembargador sobre o agravo de instrumento ora em exame:

[...] isso sem adentrar em maiores discussões acerca da Lei 13.058/2014, porquanto **os genitores não conseguem manter um diálogo razoável nas questões envolvendo o filho comum, cuja atuação extrapola a figura parental, envolvendo, inadvertidamente, seus respectivos companheiros, que são estranhos à relação familiar em foco.** (Agravado de Instrumento Nº 70064648017, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/08/2015). Sic (grifos nossos)

4.2 A Síndrome da alienação parental

A Síndrome da alienação parental (SAP) foi descrita em 1985 pelo psiquiatra norte americano Richard Gardner²⁴. Ele a descreveu como um distúrbio no qual uma criança é

²³ Artigo 1.636, CC/02 – “ O pai ou a mãe que contrair novas núpcias, ou estabelecer 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. ”

²⁴Apud LIMA FILHO, Joaquim Azevedo (Defensor Público – Titular de São Domingos do Araguaia), Artigo: Alienação Parental Segundo a Lei 12.318/10. Disponível em: <<http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010>> acesso em: 02 de novembro 2015.

manipulada ou condicionada, em regra por um dos genitores, com o intuito de extinguir os laços afetivos com o outro genitor o qual geralmente não detém a guarda física dos filhos.

Essa situação geralmente ocorre quando um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros por não aceitar o rompimento da relação marital, resolve, consciente ou não, usar os filhos para atingir o outro.

Quanto a Lei 12.318/2010²⁵, em seu artigo 2º²⁶ considera ato de alienação parental a interferência psicológica na formação da criança ou adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham os infantes sob sua guarda, autoridade ou vigilância para que repudie o genitor não guardião causando prejuízo ao estabelecimento ou manutenção dos laços afetivos com este.

Percebemos que a alienação parental poderá ocorrer por quem detém ou não a guarda dos infantes. A Síndrome da Alienação Parental poderá ocorrer por pessoas pertencentes à família extensiva como os avós sejam eles paternos ou maternos ou por terceiros que tenham influência sobre os menores.

Preponderantemente, as causas que levam o alienador a cometer tal ato, podem ser dentre outras, conforme descrito pelo Defensor Público Joaquim Azevedo, a inveja, o ciúme, a vingança ou a possessividade. Em alguns casos o menor poderá ser usado como forma de chantagem como um meio para reatar a relação desfeita ou, ainda, para obter maior recursos financeiros. (LIMA FILHO, 2012).

Identifica-se as pessoas envolvidas nesse processo de alienação como sendo: **o alienador** – lembrando que não só um dos genitores poderá exercer tal função, mas, também, os avós ou qualquer responsável pelo menor (tutor, tios...) que tenham autoridade, guarda ou vigilância sobre ele; **o menor** – criança ou adolescente que tem sua integridade psicológica atacada com o intuito de repudiar o outro genitor; **o genitor alienado** – pai ou mãe contra quem o ataque é direcionado. (LIMA FILHO, 2012).

²⁵ Lei 12.318/2010 - Lei da Alienação Parental

²⁶ Artigo 2º, Lei 12.318/2010 – “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.”

Pelas razões até o momento expostas, inferimos que a Síndrome de Alienação Parental é capaz de produzir muitas consequências ruins para todas as pessoas envolvidas no processo, todavia as pessoas que mais sofrem são os filhos.

Para ilustrar brevemente os conceitos, trazemos à baila um exemplo pertinente postado no site da Associação de Pais e Mães Separados em junho de 2011. O caso Dora²⁷ foi destaque no programa de televisão *Profissão Reporte* no dia 30 de maio o qual teve como tema os embates entre pais e mães pela guarda dos filhos. O caso foi classificado como emblemático, pois relata o desespero do pai de Dora, o ator Jonas Golfeto, detentor da guarda da filha, entretanto há quatro anos não via a menina porque a mãe desta, a jornalista Adriana Mendes, fugira com a criança após buscá-la para a visitação. Com essa atitude a mãe da menor cometeu o crime de subtração de incapaz.

Naquela ocasião foi mostrado o pai da criança indo pegá-la no colégio acompanhado por um oficial de justiça e seu advogado. Na época o ator lamentava tal situação e falava de seu sofrimento por não poder acompanhar o crescimento de sua filha. A equipe do programa tentou um contato com a mãe da criança para que ela pudesse expressar suas opiniões sobre o caso, mas esse contato não logrou êxito.

Jonas ao recuperar a guarda da filha mudou de endereço não permitindo que a menina voltasse a ter contato com a mãe.

Esse caso emblemático é apenas um exemplo dos muitos casos com os quais os magistrados que atuam nas Varas de Família por todo o Brasil tem que enfrentar.

Percebemos que em um primeiro momento o pai da criança estava na situação do genitor alienado, mas que com a reconquista da guarda da filha essa posição se inverte e ele agora está na posição do genitor alienante, entretanto a garota Dora continua na mesma posição, ou seja, o menor cuja integridade psicológica continua sendo agredida.

Observamos que nos casos de alienação parental o sentimento de posse do genitor alienante destoa da prática de amor; apequena o exercício da paternidade e maternidade, pois retira abruptamente o direito da criança de conviver com ambos os genitores, amar pai e mãe com a mesma intensidade a fim de proporcionar-lhe uma hígida formação. (FALCÃO, 2011)

²⁷ Nilson Falcão (Presidente da ONG Pais Por Justiça), caso Dora: quando o ódio entre pai e mãe sobrepuja o amor pela filha. Disponível em: < <http://sindromealienacaoparental.blogspot.com.br/2011/06/caso-dora-quando-o-odio-entre-o-pai-e.html> >. Acesso em: 02 de novembro 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto no transcurso do estudo ora em comento, percebesse-se, claramente, que o instituto da guarda compartilhada é atualmente a melhor solução jurídica, encontrada pelo legislador, como meio de amenizar os sofrimentos causados à prole quando a relação conjugal de seus genitores resta finito, ou, até mesmo, quando aqueles resolvem seguir rumos diferentes por ser prescindível aquele tipo de relação.

Aqui apresentamos alguns dos argumentos mais expressivos ao entendimento ora sustentado: a responsabilidade paterna e materna decorre do vínculo da parentalidade, seja esse vínculo de origem biológica ou jurídica e conforme nos ensina Ana Carolina Brochado, “a responsabilidade dos pais tem sua gênese desde a concepção da criança”; neste momento, pedimos licença à doutrinadora para acrescentar ao seu ensinamento “o desejo à adoção”, já que este também se configura como um tipo de “concepção afetiva”.

A guarda compartilhada possibilita o fortalecimento dos vínculos amorosos entre os pais e seus filhos, pois cria a possibilidade de uma efetiva participação destes no processo de criação e educação daqueles.

Acrescente-se ainda a importância da não imposição às crianças ou adolescentes passarem pelo sofrimento da escolha de um dos seus genitores para que este obtenha da justiça a sua guarda. O medo a essa escolha os faz sentirem-se culpados por estarem magoando o genitor preterido.

Como aduz Ana Carolina Akel a certeza de que os vínculos com os pais serão mantidos faz os filhos perceberem que ainda há lugar para eles na vida do seu pai e da sua mãe e essa certeza dissipará o medo de perdê-los.

Destarte, sabemos que no processo de desconstituição de uma relação conjugal ou, simplesmente, amorosa, afetuosa, há sempre a presença de sentimentos contrários ao amor, a exemplo: as mágoas, o ciúme, o sentimento de fracasso. E todos estes são considerados obstáculos à aplicabilidade da guarda compartilhada.

Geralmente, os magistrados ao perceberem a impossibilidade de diálogos, minimamente razoáveis, entre o ex-casal ou ex-companheiros, que viabilize equacionar o interesse dos filhos tem dado preferência, mesmo que provisória, a implementação da guarda unilateral.

Ao analisarmos o Agravo de Instrumento nº 70064648017 da oitava câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, percebemos que baseado em um laudo social o qual evidencia que o menino tem boa vinculação com ambos os genitores, porém estes se mostram incapazes de manter um diálogo razoável nas questões envolvendo o filho, fez o ilustre Desembargador, Dr. Luiz Felipe Brasil Santos, proferir voto pelo indeferimento provisório à aplicação da guarda compartilhada.

Chama-nos a atenção, ainda, o desembargador, para o fato dos novos companheiros do ex-casal, mesmo sendo pessoas estranhas à relação familiar analisada, estarem contribuindo de forma negativa a implementação da guarda conjunta.

Nosso estudo, revela-nos, também, que mais um obstáculo a ser vencido é a problemática da alienação parental. Esta produz grandes prejuízos à prole, pois a priva do convívio com um dos seus genitores.

Na alienação parental, em regra ocasionada por um dos genitores, a criança ou adolescentes sofre distúrbios ao ser manipulada ou condicionada a extinguir os laços amorosos com seu genitor não guardião.

Situação esta que também poderá ocorrer por intermédio de outros membros participantes da família extensiva, tais como: os avós (paternos / maternos), tios, primos ou até mesmo um tutor, desde que estes exerçam influências sobre os menores. Essa problemática já vem sendo estudada pelo psiquiatra norte americano Richard Gardnes desde o ano de 1985.

Contudo, mesmo assim, por acreditarmos no amor maternal, paternal, filial, todos originários dos laços afetivos que unem as famílias, unimo-nos aos doutos juristas defensores incansáveis da manutenção do diálogo entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros para o fortalecimento e manutenção do amor existente entre os pais e seus filhos pós divórcio.

Mas, não poderemos jamais esquecer que o direito por si só não terá força suficiente para chegar a uma resolução equânime de tais conflitos. Identificamos de forma bastante singela a necessidade da busca por uma interdisciplinaridade com outras ciências, a psicologia, a pedagogia que muito tem a contribuir com o direito no sentido de uma melhor aplicação da Lei ao caso concreto.

Por isso, nos filiamos ao pensamento da doutrinadora Maria Berenice Dias – “É necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade.” (DIAS, 2013, p.11).

REFERENCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2 ed 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.046 de 10 de janeiro de 2002. Publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002.

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

BRASIL. Lei 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Este texto não substitui o publicado no DOU 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990

BRASIL. Lei 11.698/2008 – Lei da **Guarda Compartilhada**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. DOU de 16.6.2008.

BRASIL. Lei 12.318/2010 - Lei da **Alienação Parental**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010.

BRASIL. Lei 13.058/2014 – Lei que define a expressão **guarda compartilhada e dispõe sobre sua aplicabilidade**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. DOU de 23.12.2014 e retificado em 24.12.2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed ver atual e ampl de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatórios de bens): Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** 23 ed rev atual ampl, São Paulo: Saraiva, 2008, 5v.

FALCÃO, Nilson. (Presidente da ONG Pais Por Justiça), **caso Dora: quando o ódio entre pai e mãe sobrepuja o amor pela filha**. Disponível em: <<http://sindromealienacaoparental.blogspot.com.br/2011/06/caso-dora-quando-o-odio-entre-o-pai-e.html>>. Acesso em: 02 de novembro 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 6 Famílias**. 7 ed ver ampl atual – São Paulo: Atlas, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. 6 ed rev e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Jurisprudência dos tribunais – Disponível em: <http://criancafeliz.org/jurisprudencia-sobre-a-guarda-compartilhada>. Acesso em 31 outubro 2015.

LIMA FILHO, Joaquim Azevedo (Defensor Público – Titular de São Domingos do Araguaia), Artigo: **Alienação Parental Segundo a Lei 12.318/10**. Disponível em: <<http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010>> acesso em: 02 de novembro 2015.

LIMA, Suzana Viegas Borges de. **Guarda Compartilhada: aspectos teóricos e práticos**. Brasília CEJ Revista n 34, p. 22-26, jul/07/2006. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/724/904>. Acesso em: 02 de novembro 2015.

MARTINS, Ronaldo (Juiz da 1 Vara de Família do Rio de Janeiro), **parecer sobre guarda de filhos de pais separados**. Disponível em: www.apasepr.com.br/parecer.asp. Acesso em: 30 outubro 2015.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09 – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.