

# A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO DE EVITAR A ALIENAÇÃO PARENTAL: OBRIGATORIEDADE OU RAZOABILIDADE?

PAIANO, Vinícius Demício<sup>1</sup>  
SANTOS, Hugo Rafael Pires dos<sup>2</sup>

**Resumo:** A separação do casal abre espaço para inúmeras discussões familiares. O que antes era amor, não raras vezes se transforma em ódio, brigas e indiferença. Mas talvez tudo isso sejam mesmo um único avesso do amor, mas o avesso que não quer mais ser o outro lado. Independentemente do que venha a ser, o fato é que a prole não pode estar no meio desse emaranhado de sentimentos confusos, pois objeto que não é. Assim, discorrer-se-á nas linhas deste artigo sobre a guarda compartilhada como meio de ceifar a alienação parental. Para tanto, amparada pela melhor doutrina, a presente pesquisa irá traçar os pontos históricos em torno do poder familiar e as principais características das formas de guardas existentes no País. Alfim, tecer-se-ão breves considerações no que tange à obrigatoriedade da guarda compartilhada nas separações não consensuais, a fim de que se evidencie se a obrigatoriedade representa mesmo o melhor caminho para a resolução do caso em concreto ou se a razoabilidade, a critério do juiz e demais protagonistas do Direito, deve falar mais alto.

**Palavras-chave:** Alienação parental; Guarda compartilhada; Poder familiar; Separação.

**Resumen:** La separación de la pareja deja espacio para muchas discusiones familiares. ¿Cuál fue el amor, a menudo se convierte en odio, peleas y la indiferencia. Pero quizás todo esto sea incluso un solo revés de amor, pero lo contrario no es ser más del otro lado. Cualquiera que sea, el hecho es que la descendencia no puede estar en el medio de esta maraña de sentimientos encontrados, porque el objeto no es. Por lo tanto, será discutir en las líneas de este artículo sobre la custodia compartida como medio de cosechar la alienación parental. Por lo tanto, en base a la mejor doctrina, esta investigación trazará los lugares históricos de todo el poder de la familia y las principales características de las formas de guardas existente en el país. Por fin, el tejido será breves observaciones con respecto a la custodia compartida obligatoria las separaciones no consensuadas, por lo que no hay ninguna prueba de que el mismo requisito es la mejor manera de resolver el caso en particular o si la razonabilidad, la discreción del juez y otros protagonistas de la ley, debe hablar.

**Palabras-clave:** El poder de la familia; La alienación parental; La custodia compartida; Separación.

## INTRODUÇÃO:

O direito de família é talvez o que tem de mais emblemático, apaixonante e controvertido em toda a seara jurídica. Para acalorar o que desde sempre gerou fortes debates na doutrina e jurisprudência, recentemente publicou-se a Lei 13.058/2014, cuja tratativa é em torno da obrigatoriedade da guarda compartilhada para os casos de separação dos pais, quer tenha sido consensual ou conflituosa.

Falar de guarda compartilhada exige antes que se trate de questões relacionadas a ela, a fim de fomentar o melhor entendimento do presente trabalho. Para tanto, partir-se-á de uma breve contextualização acerca do poder familiar, ou seja, como se mantinha tal poder nas antigas relações familiares, e o seu progresso ao longo das gerações.

De mais a mais, feita a contextualização, tratar-se-á da questão relacionada ao término do matrimônio, e aqui leia-se também união estável, pois representa mesmo o momento da discussão no que se relaciona à guarda dos filhos, pois com a dissolução do casamento, no caso de haverem filhos do relacionamento malfadado, decidir-se tem com qual dos genitores ficará a criança ou adolescente.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (2011); Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil – PROJURIS/FIO (2014-2016); Pós-Graduado em Direito Administrativo – Anhanguera/Uniderp (2013-2015); Assessor de Promotor – Ministério Público do Estado do Paraná – 2ª Promotoria de Justiça de Jacarezinho.

2 Graduado em Letras/Literatura pela Universidade Estadual do Norte Paraná - UENP (2009); Acadêmico de Direito nas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO) – Ourinhos, SP (2011-2015); Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil – PROJURIS/FIO (2014-2015); Professor de Redação no Colégio Camões, Santa Cruz do Rio Pardo / SP.

É neste capítulo que se abrirá subtópicos para travar uma breve conceituação das formas de guardas existentes na ordenação jurídica brasileira, de modo que primeiro se tratará da guarda exclusiva, posteriormente sobre a guarda alternada (a qual não foi acolhida expressamente pela ordenação jurídica brasileira), para finalmente calhar de modo mais detido na guarda compartilhada.

Em mão de tais suportes, passar-se-á a apresentar a alienação parental, para que finalmente se aporte na questão problema deste artigo, qual seja: a guarda compartilhada poderá representar uma forma de evitar a alienação parental? Mais do que isso, a guarda compartilhada deve partir do pressuposto da obrigatoriedade ou deve, antes de mais nada, prestar vistas à razoabilidade para a solução do caso em análise?

Conforme se demonstrará nas linhas abaixo, toda discussão em torno da guarda dos filhos menores deve ser pautada sobretudo com vistas a atender o melhor interesse da criança, o qual só pode ser aferido nas tramas singulares de cada caso concreto.

## 1. BREVE HISTÓRICO EM TORNO DO PODER FAMILIAR

Já dizia o poeta cantor que “família almoça junto todo dia, nunca perde essa mania”. No entanto, a verdade é que não se pode dizer “nunca” quando o assunto é família, ainda mais quando vista sob o ponto de vista do direito, porquanto nos últimos anos o que se tem visto é uma surpreendente revolução no âmbito familiar e no âmbito do poder familiar, de modo que hoje a família não necessariamente almoça junto todo dia, tampouco realiza outros afazeres em companhia contínua ou se reúne à noite para ouvir o pai contar as suas histórias cotidianas em volta da mesa da sala de estar, enquanto a mãe prepara a ceia noturna para os filhos e o agraciado marido.

Mas nem sempre foi assim. Houve um tempo em que a família se resumia unicamente na união entre um homem e uma mulher, da qual se geraria a prole e se constituiria a base para o desenvolvimento social, educacional, afetivo e econômico dos seus entes. No centro dessa “instituição” - se é que assim ainda se pode chamá-la -, o varão representava mesmo a figura daquele leviatã que tudo podia, inclusive dispor da vida de seus próprios filhos e decidir sobre tudo o mais que se relacionasse ao seu poder familiar, dentro daquilo a que se denominou *patrio poder*.

Hoje, mudar o canal da televisão é uma guerra que exige muita diplomacia com os filhos e a esposa, ainda mais se for na exata hora do desenho animado ou da novela das 9.

Se para o bem ou para o mal, não importa, posto que o mérito deste artigo é a discussão acerca da guarda compartilhada. Contudo, antes é preciso dizer um pouco sobre a evolução do poder familiar ao longo do tempo. E mais uma vez o tempo a definir os padrões adequados para a sociedade em que se vive.

Com efeito, segundo ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

O poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. No aludido direito denominava-se *pátria potestas* e visava tão-somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Este tinha o *jus vitae et necis*, ou seja, o direito sobre a vida e a morte do filho. Com o decorrer do tempo restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família, que não podia mais expor o filho (*jus exponendi*), matá-lo (*jus vitae et necis*) ou entregá-lo como indenização (*noxae deditio*) (2007, p. 368).

No atual direito brasileiro, o poder familiar representa o conjunto de direito e deveres atribuídos aos pais, frise-se, aos pais, a fim de que exerçam o controle sobre a pessoa e os bens dos filhos menores (GONÇALVES, 2007, p. 367).

Representa, pois, além de direitos, obrigação de zelar pelo bem-estar e segurança dos filhos, ou seja, extrapola os limites antigos calcados na família vista de forma privativa apenas, de modo que alcança os interesses do próprio Estado sobre a pessoa. Destarte, o poder familiar é visto hodiernamente como um *múnus* público cujo exercício pode sofrer inclusive influências estatais para o melhor desenvolvimento da criança ou adolescente.

É a lição de Maria Helena Diniz:

O poder familiar constitui um *múnus* público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever. (...) é

irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, salvo caso de delegação do poder familiar, desejadas pelos pais ou responsáveis para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor. (...) é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei; é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência (DINIZ, 2008, p. 539).

Deveras, três características recaem sobre o *múnus* do qual se fala: a) irrenunciabilidade, ou seja, os pais não podem renunciar, abdicar, abrir mão de sua obrigação enquanto pais; b) inalienabilidade, no sentido em que não se pode alienar, dispor, transferir ou até emprestar o filho a quem quer que seja, a título gratuito ou oneroso, a menos que assim se decida e ordene o Estado nos casos definidos em lei; c) imprescritibilidade, uma vez que a paternidade não prescreve se não exercida da forma legal, salvo as situações previstas na forma da lei; d) incompatibilidade com o instituto da tutela, ou seja, enquanto houver o poder familiar dos pais não se pode coexistir tutor, reservando-se tal situação apenas para os casos em que decidida a suspensão ou destituição dos pais do seio familiar; e) subordinação, porque ainda, mas de forma equilibrada, pais e filhos não se encontram no mesmo patamar, posto que estes devem obediência àqueles enquanto não completarem a maioridade civil, pelo menos.

Só a título de retrospecto histórico, o Código Civil de 1916, em seu artigo 380, rezava em sua redação original que “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”

Com o advento da Lei n. 4.121/1962, popularmente conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, deu-se a mitigação a tal preceito legal e alterou-se a redação do supracitado artigo para assim determinar:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Averigua-se que muito embora a nova lei dispusesse à mãe também o poder familiar em concorrência com o marido, a verdade é que o parágrafo único retirava dela qualquer expectativa de poder, no caso de divergência entre os progenitores, fazendo prevalecer a decisão do pai, sem prejuízo de posterior direito da mãe em recorrer ao Judiciário a solução do problema.

Por outras palavras, maquiava-se o poder centrado nas mãos do pai, com o fito de transparecer uma pseudo-igualdade entre homem e mulher no seio familiar, o que, na prática, ainda não ocorria.

Tal igualdade só veio com a promulgação da Constituição de 1988, nos termos dos artigos 5º, *caput* e inciso I e 226, § 5º. De fato, tamanha foi a vontade do constituinte em proporcionar uma sociedade equânime e justa, que já no *caput* do artigo 5º determinou que todos são iguais perante a lei, outrossim, no inciso I, do mesmo artigo, e talvez de forma redundante para os leigos, repetiu que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Como se não bastasse, no mencionado artigo 226, ao definir a família como base da sociedade e possuidora de especial proteção do Estado, falou mais uma vez em igualdade para determinar que os direitos e deveres relacionados ao casamento (e, por equiparação, também à união estável), são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Já em 1990, e ainda na vigência do Código Civil de 1916, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou da igualdade entre os pais, conforme leitura do artigo 21, o qual, inclusive, trazia em seu texto original a expressão pátrio poder, cuja alteração para poder familiar ocorreu no ano de 2009, com a edição da Lei 12.010, a saber:

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.

Seguindo nessa toada, mas não de forma célere, com a edição do novo Código Civil em 2002 a tratativa legal da igualdade exigida entre pais e mães foi finalmente abordada no âmbito civilista. Neste sentido: “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”

Nota-se, pois, a evolução do poder familiar ao longo do tempo e, sobretudo, a necessidade de o Direito acompanhar as mudanças provocadas pelas gerações e os seus costumes, de modo que descabido hoje pensar na figura daquele *pater* que decidia até se o seu filho deveria ou não viver, assim como descabida a proposta de um marido que tenha na sua esposa apenas a companhia incapaz de tomar as decisões atinentes à família. A bem da verdade, como dito inicialmente, o que se tem hoje é a mais lúdica relação horizontal entre pais e filhos, entre a família.

## **2. O FIM DO RELACIONAMENTO E O COMEÇO DA DISCUSSÃO ACERCA DA GUARDA**

Se as relações familiares tornaram-se mais horizontais do que eram antes, se os pais mantêm a mesma hierarquia perante os filhos, e a subordinação para com os pais já não é mais tão aguda quanto era nos séculos passados, é natural que se conclua que o rompimento conjugal se torna por assim dizer mais facilitado, posto que marido e mulher tendem a se confrontar mais frontalmente nas divergências que porventura surgirem na relação.

Isso não significa dizer que a justa equiparação entre o casal tenha sido algo comprometedor da paz e união no matrimônio. Não. Absolutamente não. O que ocorre é que ainda não se aprendeu a conviver de forma igual, pois muitas vezes se confunde a igualdade (e também a liberdade) com a intolerância, ou seja, ter os mesmos poderes no âmbito familiar não significa travar um embate para provar quem é o mais forte. Não se trata de uma luta de titãs. Os poderes equivalentes servem para melhorar a relação e torná-la mais digna, não para afastar marido e mulher que jamais chegam a um acordo comum porque são iguais e intransigentes em suas opiniões.

O rompimento, por vezes, e não poucas, acaba sendo a melhor solução para afastar duas pessoas que não conseguem mais viver sob o mesmo teto. Mas não é raro que dessa malfadada relação haja filhos que nada têm a ver com as brigas do casal, e que carecem de carinho e atenção independentemente das rugas existentes entre os pais.

Inicia-se, então, a discussão acerca da guarda dos filhos, para depois culminar com eventual discussão acerca do pagamento da pensão alimentícia não paga, do colégio da criança, e de tantas outras questões sérias e necessárias para o melhor desenvolvimento social, educacional e afetivo do filho menor de idade.

Conforme determina o artigo 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.”

A calhar, diz o artigo 1.579 do Código Civil: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.” Isso porque, o que se findou foi o relacionamento entre os pais, e não a responsabilidade de ambos em relação aos filhos.

Necessário, pois, discorrer sobre as espécies de guarda existentes na ordenação jurídica brasileira, a fim de que se demonstre o conceito e as possibilidades jurídicas de cada uma delas, com especial ênfase à compartilhada, objeto de estudo do presente artigo.

### **2.1 Guarda exclusiva**

A teor da Lei 11.698/2008, diploma legal que alterou a leitura dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, entende-se por guarda unilateral aquela que se atribui a apenas um dos pais ou responsável, cuja concessão será dada ao genitor com melhores condições para exercê-la, isto é, que seja capaz de proporcionar afeto, saúde, segurança e educação ao filho.

Flávio Tartuce leciona que:

O dispositivo alterado afasta qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros. Por outro lado, sendo a guarda unilateral, permanece a obrigação do pai ou da mãe que não a detenha de supervisionar os interesses dos filhos (art. 1583, § 3.º, do CC) (2011, p. 1083-1084).

Trata-se, pois, de saber qual dos genitores poderá defender com mais afinco o melhor interesse da criança, o que não implica dizer que o genitor mais abastado possui as melhores condições, pois tal escolha só poderá ser aferida conforme as peculiaridades do caso em concreto, visto que não se pode predeterminar na lei qual será o genitor responsável pela guarda unilateral do filho, ainda que a praxe seja a atribuição à mãe e não ao pai.

Ora, uma vez que as relações familiares hodiernas pautam-se pela observância ao princípio da igualdade com o poder familiar equiparado entre os pais, não perfaz nenhuma razão dizer que à mãe, só e somente a ela, incumbe a guarda dos filhos. Mas o maior prejuízo desse tipo de guarda reside mesmo na privação do filho em poder conviver continuamente com o genitor que não a possui, ou seja, por ser unilateral e exclusiva, haverá a presença diuturna apenas do pai ou da mãe, nunca a de ambos.

## 2.2 Guarda alternada

Forçoso assinalar que a ordenação jurídica brasileira não acolheu expressamente esse modelo de guarda, de sorte que da leitura do artigo 1.583 se extrai apenas que a guarda será unilateral ou compartilhada. Apesar disso, vale discorrer brevemente sobre tal instituto, uma vez que não raras vezes é confundido com a guarda compartilhada.

Na guarda alternada o filho fica um tempo com o pai e um tempo com a mãe, ou seja, não possui uma residência fixa habitual, porque alterna a sua morada conforme o tempo acordado entre os pais. Esse tempo não é preestabelecido pela lei, até porque, como fora dito, nem mesmo possui previsão legal, de modo que os pais acordam o período que cada um permanecerá com o filho.

Nas lições de Flávio Tartuce:

A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interrompidos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua malinha ou mochila para ir à outra casa. É altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, recebendo tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna (2011, p. 1084).

Se foi consignado alhures que a guarda unilateral não é a mais recomendada hodiernamente porque priva o filho da convivência contínua com ambos os pais, também a alternada não condiz com o melhor interesse da criança, porquanto não lhe traz nenhuma comodidade e não supera a privação do contato contínuo com ambos os pais, pois, veja, enquanto um está com a guarda nos dias que lhe cabe, o outro não está presente e compartilhando dos momentos do infante. Deste modo, pode-se inferir que também a guarda alternada tem algo de unilateral e exclusividade e, portanto, de negativo à formação psicológica da prole.

Conforme magistério de Waldyr Grisard Filho:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paterno. No termo do período, os papéis invertem-se (2002, p. 110).

Fácil perceber que nessa forma de guarda a criança deixa de ser sujeito de direitos, direitos os quais possuem especial proteção da Constituição de 1988, para ser mero objeto do desejo dos pais em ter não a guarda, mas a posse do filho. Não por outra razão, por conta da turbulência que

pode gerar na formação psicológica e social do infante, tal forma de guarda não é benquista pela jurisprudência dos tribunais superiores, pela doutrina do direito de família, tampouco pela lei civil.

## 2.3 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada surgiu legalmente no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 11.698/08, a qual alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil.

Bem conceitua o tema o Professor Flávio Tartuce. Confira-se:

Guarda compartilhada ou guarda conjunta: hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com seus pais (...) (2012, p. 1137).

Nesta esteira, muito bem comenta a guarda compartilhada Maria Berenice Dias, a qual, antes da alteração da que trouxe a novel legislação acima delimitada, já se posicionava que tal modalidade de guarda é a mais recomendável para o menor. Veja-se:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo que estejam de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando que os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

(...)

Embora não esteja inserido de forma expressa na legislação, o modelo compartilhado é amplamente admitido no ordenamento jurídico, uma vez que as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício. Além de não proibido, é de todo recomendável (...) (2006, p. 361/362).

Entretanto, pela referida legislação, apesar de o artigo 1584, § 2º, do Código Civil, dizer que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”, assim deduz-se que esta é aplicada supletivamente à guarda unilateral, sendo esta a “regra” perante o Judiciário do País, o qual, por ora, privilegia a mãe como responsável pelos filhos.

Ou seja, os Magistrados têm aplicado de maneira muito tímida ainda a guarda compartilhada nos processos perante o Poder Judiciário.

No ano de 2011, à guisa de exemplo, em levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística levantou-se que somente 5,4% dos casos eram aplicados o instituto da guarda conjunta, ou seja, um percentual muito pequeno em relação a tantas demandas levadas ao Judiciário (MADEIRO, 2012).

Não obstante, há um Projeto de Lei (Projeto de Lei da Câmara nº 117/2013), de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, que altera dispositivos do Código Civil Brasileiro, o qual prevê que, preferencialmente, deverá ser instituída a guarda compartilhada em detrimento dos outros tipos.

Tal Projeto foi sancionado pela Presidente da República, dando origem à Lei nº 13.058/2014.

Confira-se a ementa do Projeto e sua explicação:

Ementa: 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.

Explicação da ementa: Estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação.; altera a Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil, para que na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos 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; dispõe que na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos; determina que

a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. 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; fixa que 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; 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; a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor; se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade; qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação; dispõe que em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte; determina que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (Senado Federal, 2014).

Assim, pela atual legislação a guarda compartilhada deverá ser aplicada obrigatoriamente pelo Magistrado, mesmo no caso de dissenso sobre a guarda no tocante aos pais, somente não se aplicando no caso de ocorrer alguns dos casos mencionados na explicação alhures, como um dos pais se recusar a deter a guarda de seu filho ou a equipe interdisciplinar não a recomendar.

Dessa forma, partindo-se do pressuposto da guarda compartilhada como obrigatória, discorrer-se-á em seguida sobre o problema da alienação parental, e se tal espécie de guarda é a solução para citada questão.

### **3. O PROBLEMA DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Alienação parental, por assim dizer, nada mais é do que “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”<sup>3</sup>.

Jorge Trindade assim diz:

Pode-se dizer que se trata de um processo que consiste em programar a criança para que odeie, sem justificativa, um de seus genitores, decorrendo daí que a própria criança contribua na trajetória de campanha de desmoralização (2009, p. 309).

Esse problema surgiu “efetivamente” no Brasil em meados dos anos 80, inicialmente conceituada pela doutrina como Síndrome da Alienação Parental, fulminando até na sanção da Lei 12.318/10.

---

<sup>3</sup> Ver art. 2º, *caput*, da Lei 12.318/10.

Tal problema, além de difícil constatação em alguns casos, ainda fere o direito fundamental da criança e do adolescente a uma convivência familiar saudável, principalmente quando a separação dos pais não for amigável.

Quando isso ocorre usam o menor para “se vingar” do “ex-conjuge”, não se percebendo que isso prejudica o infante, que fica suscetível a diversas doenças, tais como: depressão, dupla personalidade, incapacidade de convivência, insegurança, entre outros. Tal comportamento, ainda, pode gerar diversas sequelas na criança e no adolescente, entre elas isolamento, baixo rendimento escolar, melancolia, rebeldia, conduta antissocial, culpa, indiferença em relação aos acontecimentos, e enfrentamento aos pais (TRINDADE, 2009, p. 314, *apud*. Podevyn), além de aprender a conviver com a mentira e a expressar falsas emoções.

Assim, tal problema deve ser veemente combatido, não só pelo Poder Judiciário, mas por todos os órgãos estatais, além da própria família, que deve ser consciente de que tal prática é danosa ao infante.

Com base nesses breves comentários é que se pode perceber que a Lei 12.318/10 é de grande importância para ao menos tentar coibir e solucionar tal prática, uma vez que deve ser extinta das relações familiares.

Citada lei exemplifica, em seu artigo 2º, parágrafo único, alguns casos de alienação. Veja-se:

Art. 2º (...)

Parágrafo único: (...)

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.

Não obstante, em seu artigo 6º, ela prevê sanções para o caso de ser comprovado elencado problema, segundo a gravidade de cada caso, mostrando ainda mais sua importância no ordenamento jurídico nacional. Confira-se:

Art. 6º (...)

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Assim, percebe-se que a alienação parental deve ser combatida em todos seus aspectos, como dito, não só no âmbito jurídico, mas principalmente no próprio âmbito familiar, lugar no qual o problema germina, se desenvolve e contamina todo um núcleo doméstico, trazendo danos para a criança e ao adolescente, muitas vezes irreversíveis.

#### **4. GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA: SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA?**

Ora, analisando todo o texto/contexto até o momento exposto, uma indagação é de fundamental importância para o deslinde do presente trabalho: a guarda compartilhada obrigatória seria a solução para o problema da alienação parental?

Inúmeros são os posicionamentos a favor de tal questão, afirmando-se que a guarda compartilhada seria sim um modo eficaz de evitar a alienação. Confira-se:



A guarda compartilhada de forma notável favorece o desenvolvimento das crianças como menos traumas e ônus, propiciando a continuidade das relações dos filhos com seus dois genitores, retirando assim da guarda a ideia de posse. Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem-estar, com outras decisões importantes, são tomadas e decididas conjuntamente por ambos o pais que compartilharão a forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da criança. Não resta dúvida que a continuidade da relação da criança com seus genitores acabe por manter de forma mais normal e equilibrada o estado emocional e psicológico dos filhos. O que busca com a guarda compartilhada além é claro, de proteção dos filhos é minimizar os traumas e demais consequências negativas que a separação pode provocar. Com a guarda compartilhada almeja-se, através do consenso entre os cônjuges separados, a conservação dos mesmos laços que uniam pais e filhos antes da separação, buscando-se um maior equilíbrio e harmonia na mente daqueles que são os destinatários dessa solução (PANTALEÃO, 2012, p. 95/96).

Na mesma linha, Carla Alonso Barreiro (2010) afirma:

Filho precisa de pai e mãe para estruturar a sua personalidade dignamente e a guarda compartilhada é o mecanismo mais eficaz para inibir a alienação parental no seio de um núcleo familiar, quando da ocorrência da ruptura conjugal, com má elaboração da nova situação por parte de um dos cônjuges / conviventes.

Desta forma, a possibilidade de convívio com o filho para os pais separados, deixará de ser arma de vingança, pois ambos terão igualdade de contato e vivência, com a aplicação da guarda compartilhada, fato que impedirá que o acesso ao filho seja moeda de troca ou de desforra.

Em que pesem todos esses argumentos inspiradores a favor da guarda compartilhada ceifar com o problema da alienação parental, com base no princípio do melhor interesse da criança, não se pode ver com tanto otimismo essa nova imposição legal.

Filippi e Vieira (2007) declaram que “embora a teoria da guarda compartilhada possua como princípio inspirador o legítimo interesse dos filhos, a sua aplicabilidade, em nosso entender, na prática, somente será viável em casais que, mesmo após a separação, mantenham uma certa harmonia”.

No mesmo norte, Haim Grunspun (2000, p. 115) diz que “a guarda compartilhada pode piorar a situação das crianças quando em meio à separação houver conflitos graves e crônicos em que a guarda compartilhada pode tornar mais grave os conflitos, com riscos destrutivos”.

Cabe, neste ponto, ressaltar a grande responsabilidade do Magistrado neste cenário.

Apesar de a guarda, hoje, quando não houver consenso entre os casais, ser a compartilhada de forçosa imposição, num cenário onde a separação do casal não for harmônica, a síndrome da alienação parental está apta a vir com mais força nesse universo.

Quando os pais terminam o relacionamento pensando no bem do infante, a guarda compartilhada é a melhor situação, conforme já explanado, pois ambos terão a responsabilidade sobre a vida do menor com igual responsabilidade, minorando os efeitos da separação na vida dos filhos.

Entretanto, quando o casal encerra sua vida conjugal de modo litigioso e conflituoso, estabelecer a guarda compartilhada pode vir a se tornar muito complicado para o laço familiar entre os pais e os filhos.

Cabe refletir: de que forma ambos terão que decidir sobre a vida de seu filho, em todos os aspectos, através de um diálogo racional, se o casal sequer se fala?

Outro dado a ser levantando, se os pais não estiverem em harmonia, a criança e o adolescente podem se valer desse tipo de situação para, por exemplo, deixar de cumprir tarefas impostas por um dos genitores. Ilustrando, a mãe pede para o filho fazer tarefa de casa, esse se revolta e diz que vai para casa do pai, no qual este, diante da situação, poderá não o obrigar a cumprir seu dever, para ficar de “bonzinho” e assim ter mais sua companhia e carinho.

Se não bastasse, sabe-se da grande massa de pessoas carentes que terminam seu relacionamento e têm filhos para cuidar. Essas pessoas sequer têm a ideia, de fato, do que seria esse

tipo de guarda. Aplicar o compartilhamento sem um mínimo de explicação sobre o que incisivamente representa, certamente seria inócuo. No papel se teria a guarda compartilhada, mas na vida real a guarda seria como as pessoas estão já acostumadas, ficando todo o tempo com um genitor, e o outro somente visitando. Ou seja, de fato, será a guarda unilateral.

Não por outra razão, mesmo sendo a guarda compartilhada tida como obrigatória, o Juiz de Direito deve ter muita cautela ao aplicá-la, pois do contrário poderá estar piorando a situação do infante, correndo o risco de o princípio da melhor proteção à criança e do adolescente ser aplicado às avessas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No decorrer dessa pesquisa abordou-se, a princípio, um breve histórico em torno do poder familiar. Verificou-se que a expressão antes citada somente passou a ser utilizada com o advento da Lei 12.010/09, a qual alterou o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que por um longo espaço de tempo as discussões giravam em torno da denominação “pátrio poder” dos pais. Ademais, falou-se sobre a evolução do poder familiar pelas gerações ao longo do tempo, bem como sobre a necessidade de o Direito acompanhar esse desenvolvimento. Dentre suas características, destacou-se a irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, incompatibilidade com o instituto da tutela e subordinação.

Adiante, discorreu-se sobre o fim do relacionamento e a discussão acerca da guarda. Consignou-se que não é porque os pais se separam que sua obrigação como genitor (a) aumenta ou deixa de existir, conforme preleciona o artigo 1.579 da nossa Lei Civil.

Constatados tais elementos até então desenvolvidos, passou-se a examinar os três tipos de guardas, quais sejam: unilateral, alternada e compartilhada.

A guarda exclusiva é aquela que se atribui a apenas um dos pais ou responsável, cuja concessão é dada ao genitor com melhores condições para exercê-la, sendo, o seu maior prejuízo, o fato de o filho não poder conviver continuamente com o genitor que não a possui.

Outrossim, foi examinada a guarda unilateral, na qual o filho fica um tempo com o pai e um tempo com a mãe, ou seja, não possui uma residência fixa habitual, porque alterna a sua morada conforme o tempo acordado entre os pais, consignando que esta não é a mais recomendada, pois priva o filho da convivência contínua com ambos os pais, também a alternada não condiz com o melhor interesse da criança, porquanto não lhe traz nenhuma comodidade e não supera a privação do contato contínuo com ambos os pais.

Como última espécie de guarda que foi estudada, a compartilhada, objeto de estudo desse trabalho, sendo discorrido que a mesma surgiu legalmente no ano de 2008, com o advento da Lei 11.698/08, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Conceitua-se na hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Foi posicionado que grandes juristas e doutrinadores entendem que este é o melhor tipo a se usar, apesar de sua pouca aplicabilidade, pois ela privilegiaria o melhor interesse do menor.

Tanto é que foi sancionada e já devidamente publicada a Lei 13.058/14, a qual torna a guarda compartilhada de impositiva obrigação quando não há consenso entre os pais acerca da guarda, somente não a aplicando quando um deles não a quiser ou a equipe interdisciplinar não lhe recomendar.

Por conseguinte, discorreu-se sobre o grande problema que é alienação parental e o mal que pode fazer na vida do infante. Pode-se mesmo dizer que ela é uma “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”, conforme redação do artigo 2º da Lei 12.318/10. Igualmente, foi exemplificado alguns casos de alienação, suas sanções, e declarado que a mesma deve ser combatida em todos os seus aspectos, tendo em vista o enorme prejuízo, talvez até irreversível, que pode ser inserido no psicológico de uma criança ou adolescente.

Por derradeiro, consignou-se sobre o ponto principal do presente trabalho, qual seja, se a guarda compartilhada tida como obrigatória seria a solução para o problema da alienação parental.

Assim, verificou-se que teoricamente a guarda compartilhada é a melhor solução para evitar tal síndrome, pois ela favorece o desenvolvimento das crianças como menos traumas e ônus, bem como ambos os pais terão igualdade de contato e convivência com o infante.

Entretanto, na prática talvez não se dê de tal maneira. Neste diapasão foram levantadas algumas questões que não podem ser deixadas de lado quando dá sua aplicação, como quando a separação ocorrer de forma conflituosa, subsunção à vontade dos filhos e falta de conhecimento por parte da população sobre o que seria, de fato, o instituto da guarda compartilhada.

Por essas trilhas, entre outras, é que a guarda compartilhada pode não ser tão recomendável no quadro prático, mas uma certeza é inarredável, o Magistrado terá que analisar muito bem ao aplicá-la. Mesmo nos casos em que ela é obrigatória, talvez não seja a mais recomendável.

Agora caberá aos protagonistas do direito (estudantes, pesquisadores, advogados, promotores, juízes, entre tantas outras ramificações profissionais do Direito) verificarem como será o novo cenário atual com a guarda compartilhada tida como obrigatória, seu índice de aplicação, os casos que não darão certo, almejando-se que tudo seja pensado e aplicado tendo como principal objetivo a proteção do menor. De tal sorte que se conclui: a guarda compartilhada para ser melhor não pode ser obrigatória, deve ser razoável e proporcional conforme o caso que se põe a julgamento.

## REFERÊNCIAS

BARREIRO, Ana Carla. Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acessado dia 21 de janeiro de 2015.

Brasil. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acessado dia 20 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acessado dia 03 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 11.698 de 13 de junho de 2008. 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. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1)>. Acessado dia 03 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acessado dia 04 de dezembro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23 ed. v.5. São Paulo: SARAIVA, 2008.

FILIPPI, Rejane Brasil; VIEIRA, Marlise Beatriz Kraemer. Filhos e guarda compartilhada. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=269>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2014.

FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. vol. VI. São Paulo: SARAIVA, 2007.

GRUNSPUN, Haim. *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais*. São Paulo: LTR, 2000).

MADEIRO, Carlos. *IBGE: Guarda compartilhada de filhos dobra em 2011, mas ainda representa só 5,4% do total*. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/12/17/ibge-guarda-compartilhada-de-filhos-dobra-em-2011-mas-ainda-representa-so-54-do-total.htm>>. Acessado dia 03 de dezembro de 2014.

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel apud FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 95,96.

SENADO FEDERAL. *Portal Atividade Legislativa*. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=115668](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115668)>. Acessado dia 04 de dezembro de 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.