

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

Juliana Mendes Collaço Arantes

GUARDA COMPARTILHADA COM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS VISANDO O EQUILÍBRIO DO TEMPO DE CONVÍVIO ENTRE OS GENITORES COMO O IDEAL A SER BUSCADO NA FORMAÇÃO DOS FILHOS PÓS DIVÓRCIO

SÃO PAULO

Juliana Mendes Collaço Arantes

GUARDA COMPARTILHADA COM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS VISANDO O EQUILÍBRIO DO TEMPO DE CONVÍVIO ENTRE OS GENITORES COMO O IDEAL A SER BUSCADO NA FORMAÇÃO DOS FILHOS PÓS DIVÓRCIO

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós Graduação, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito de Família e Sucessões, sob orientação da Professora-Orientadora Raquel Laudanna Marinelli

SÃO PAULO

setembro/2017

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, Thais e Ricardo, pelo apoio e suporte que deram desde o início da minha formação e por sempre acreditarem nas minhas escolhas.

Agradeço também ao Rodrigo Tubino Veloso, pelo apoio nesse momento e ao longo dos quase 4 anos de atuação como advogada em Direito de Família e Sucessões em seu escritório.

Agradeço também aos meus colegas Gustavo Andrade Oliveira Fontana, Catarina Nalon, Júlia Teixeira Rodrigues e Carolina Junqueira Rochinha pelo apoio e debate sobre o tema objeto do presente trabalho.

Gostaria de agradecer a minha orientadora, Professora Raquel Laudanna Marinelli, pela oportunidade e confiança para elaboração desse trabalho.

RESUMO

A aplicação da guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio do tempo de convívio da criança entre os genitores, por incrível que pareça, ainda é considerado um tabu entre as famílias contemporâneas e o Judiciário Brasileiro.

Malgrado seja a regra legal instituída pela Lei n. 13.058/2014, a resistência de sua aplicação, infelizmente, ainda permeia as decisões do Poder Judiciário.

Isso se deve a herança rançosa da família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal de outrora.

Contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o indivíduo vem caminhando a passos largos na busca de uma relação pautada na felicidade pessoal, de tal sorte que o único vínculo que une duas é – ou ao menos deveria ser - o afeto.

Com isso, as relações entre pai-mãe-filho sofreram mudanças estruturais, cabendo ao Direito de Família, que deve andar lado a lado com a sociedade, buscar meios de preservar os seus interesses e minimizar o litígio.

Os questionamentos que vem à tona são: Porque não aplicar um modelo que, sabidamente e comprovadamente, é o mais benéfico para a formação biopsicossocial dos infantes? Se as circunstâncias fáticas do caso indicam que não há qualquer óbice para sua aplicação, porque a resistência? Porque privar pais e filhos de um modelo que oferece uma conviência diária de mais qualidade e sem sobrecarregar um genitor em detrimento do outro? Se o compartilhamento de tarefas e responsabilidades diuturnas é a lógica aplicada dos pais na criação dos filhos enquanto casados, porque não continuar aplicando depois de dissolvida a sociedade conjugal?

Com esses questionamentos como norteadores, a análise ora realizada teve como foco a funcionalização da família contemporânea e a guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio de tempo como instrumento hábil e legal para o desenvolvimento salutar do infante e a minimização dos conflitos, bem assim da prática de alienação parental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
I – ISONOMIA ENTRE O HOMEM E A MULHER INSTITUÍDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PROPULSOR DA MUDANÇA DE PARADIGMA NO FUNCIONAMENTO DA FAMÍLIA	6
II - GUARDA COMPARTILHADA COM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS VISANDO A DIVISÃO EQUILIBRADA DO TEMPO DE CONVÍVIO ENTRE OS GENITORES COMO O IDEAL A SER BUSCADO NA FORMAÇÃO DOS FILHOS PÓS DIVÓRCIO	10
II.1. CONCEITO DA GUARDA COMPARTILHADA DE ACORDO COM A LEI N. 13.058/2014	10
II.2. BENEFÍCIOS PARA PAIS E FILHOS	19
II.3. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO	26
II.4. AUSÊNCIA DE CONSENSO E A RECOMENDAÇÃO DA CORTE SUPERIOR	30
III - GUARDA COMPARTILHADA COM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS VISANDO A DIVISÃO EQUILIBRADA DO TEMPO DE CONVÍVIO ENTRE OS GENITORES E A GUARDA ALTERNADA	42
III.1 DISTINÇÃO, CONFUSÃO, PREVISÃO LEGAL E RESISTÊNCIA NA APLICAÇÃO	42
IV - GUARDA COMPARTILHADA COMO ANTÍDOTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL	48
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe analisar os instrumentos e dispositivos constitucionais e legais disponíveis para minimizar o conflito familiar pós divórcio, por meio da aplicação da guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio do tempo de convívio entre pai-mãe-filho, modelo este que busca valorizar o convívio da criança com ambos os genitores e atender os melhores interesses da família como um todo.

Assim, o estudo será regido sob o prisma dos novos paradigmas do direito de família, da família eudemonista do século XXI e do funcionamento da família contemporânea, questionando-se, ainda, a resistência dos operadores do Direito e do Judiciário na aplicação desse modelo de guarda compartilhada.

No primeiro capítulo, será inicialmente feita uma análise do princípio da isonomia entre o homem e a mulher instituída pela Constituição Federal de 1988 como propulsor da mudança de paradigma na criação da prole. Serão abordados os reflexos deste princípio no âmbito do Código Civil e nas atribuições e responsabilidades dos genitores no seio familiar.

O segundo capítulo entrará no tema do trabalho propriamente dito, com a conceituação da guarda compartilhada pautada nos benefícios para pais e filhos, os requisitos para a sua instauração, a ausência de consenso e a recomendação expressa do Superior Tribunal de Justiça, tudo à luz dos novos paradigmas aplicáveis no direito de família.

No terceiro capítulo será feita a distinção da guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio de tempo com o instituto da guarda alternada. Neste capítulo também se abordará a resistência da aplicação da regra legal.

Por fim, no quarto capítulo será feita uma análise da necessidade de aplicação da guarda compartilhada como forma de evitar a instauração da alienação parental.

À guisa de conclusão, serão sistematizadas, de forma objetiva, os capítulos percorridos ao longo do trabalho.

I – ISONOMIA ENTRE O HOMEM E A MULHER INSTITUÍDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PROPULSOR DA MUDANÇA DE PARADIGMA NA CRIAÇÃO DA PROLE

O grande marco legislativo da alteração da concepção da família foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma nova realidade axiológica na interpretação da legislação de família, rompendo drasticamente com a visão de família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal estatuída pelo Código Civil de 1916.

Uma das causas positivas desta mudança de paradigma decorre do princípio da igualdade entre o homem e a mulher consagrado expressamente pela Carta Magna.

Este princípio vem estabelecido no Título referente aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5, inciso I, da CF), ao assegurar a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e também, no Capítulo específico que trata da família, tal como prevê o artigo 226, §5º, da Constituição Federal:

“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e e pela mulher”

Paulo Lôbo¹ enaltea a importância do mencionado princípio para transformação das relações familiares:

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação no direito de família quanto o da igualdade entre o homem e a mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdadeira summa divisio entre sujeitos e subsujeitos do direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegem, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao status de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados.

¹ Lobô, Paulo. Direito Civil – Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p. 65.

Nas palavras de Maria Berenice Dias², a carta constitucional é a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias.

Ou seja, em decorrência deste princípio, sucedeu não só uma mudança conjectural, mas sim estrutural do funcionamento das relações familiares.

Luiz Edson Fachin ensina que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma direção diárquica da família à luz da igualdade, contrapondo-se à direção unitária consagrada pelo Código Civil de 1916.³

Registra-se que à luz do Código Civil de 1916, o marido era quem estabelecia o domicílio conjugal, era o responsável em chefiar a família, tinha o dever de sustento da mulher e da prole, era o titular do poder marital e do quase ilimitado pátrio poder. O vínculo matrimonial era indissolúvel, com a subordinação da mulher casada ao cônjuge, que exercia a chefia da sociedade conjugal de maneira centralizada e muitas vezes abusiva.

Já com a promulgação da Constituição Federal de 1988, este cenário excludente, desigual e discriminatório foi cirurgicamente alterado. E não só graças à igualdade entre homens e mulheres. Reconheceu-se o direito à felicidade individual das relações afetivas, permitindo-se o divórcio desvinculado de qualquer noção de culpa, a formação de outras entidades familiares além do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais, o direito à igualdade de todos os filhos, havidos dentro ou fora do casamento, dentre outras garantias legais.

Todas essas mudanças fizeram surgir um novo conceito de família, baseada na pluralidade familiar, na igualdade substancial e na direção diárquica.

Atendendo à ordem constitucional, o Código Civil de 2002 consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautado pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros.

A organização e a direção da família agora são dirigidas igualmente pelo pai e pela mãe, tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração.

É o que dispõe o artigo 1.567 do Código Civil:

² Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p. 50.

³ Fachin, Luiz Edson. Elementos Críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro. Renovar, 1999, p.47.

“A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

O parágrafo único do mencionado artigo ainda prevê que:

“Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.”

Aqui abre-se um rápido parêntese para ressaltar que, embora haja expressa previsão legal da possibilidade dos cônjuges se socorrem ao juiz em caso de desacordos sobre a direção da sociedade conjugal, relegar este poder decisório somente nas mãos do Estado muitas das vezes não será a solução mais adequada e eficaz, devendo sempre a família procurar primeiramente o acompanhamento de equipe de especialistas na área para entender a origem desta divergência para posterior solução do conflito, seja em juízo ou não.

Já o artigo 1.568 desse mesmo *Codex* determina que:

“Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.”

A regulamentação do princípio da proporcionalidade entre homens e mulheres no sustento da prole foi de extrema importância para a funcionalização do novo conceito de família, igualando as funções dos papéis materno e paterno sob todos os enfoques: afetivo, emocional, assistencial e material.

Como destaca Karan⁴, a concretização do princípio da igualdade entre homens e mulheres passa também, necessariamente, pelo estabelecimento de uma nova forma de relacionamento

⁴ Karan, Maria Lúcia. A superação da ideologia patriarcal e as relações familiares. In. Silveira, Paulo (org). Exercício da paternidade. Porto Alegre. Artes Médicas. 1998. p. 185/192.

entre pais e filhos, em que o papel do pai não seja mais o de um simples coadjuvante, dividindo, sim, com a mãe, as funções de criação e educação dos filhos.

Denota-se, portanto, que homem e mulher, marido e esposa, casal convivente, quando compartilham suas responsabilidades partilham igualmente suas realizações, e por conta desses resultados, recebem os mesmos direitos e atenções, permitindo que cada integrante da entidade familiar seja capaz de desenvolver, inteiramente, sem percalços e restrições, sua própria personalidade.

Com efeito, a lógica do compartilhamento das responsabilidades entre pai e mãe, oriunda da isonomia constitucional trazida pela Constituição Federal de 1988, também pode e deve ser aplicada em relação à guarda dos filhos.

Segundo Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos⁵, em razão da isonomia constitucional, a responsabilidade parental deve ser praticada em igualdade de condições tanto pela mãe quanto pelo pai, separados ou não.

Assim, em virtude da igualdade de direitos, nenhum dos genitores tem preferência sobre a guarda, tendo o legislador normatizado que a guarda compartilhada é a regra que deve ser aplicada, para que homens e mulheres possam conviver de forma equânime com os seus filhos, com participação conjunta (física e remota) no gerenciamento da rotina da prole.

É o que se verá no próximo capítulo.

⁵ Ramos, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. Poder Familiar e Guarda Compartilhada. São Paulo. Ed. Saraiva. 2016. p. 61/63.

II - GUARDA COMPARTILHADA COM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS VISANDO A DIVISÃO EQUILIBRADA DO TEMPO DE CONVÍVIO ENTRE OS GENITORES COMO O IDEAL A SER BUSCADO NA FORMAÇÃO DOS FILHOS PÓS DIVÓRCIO

II.1. CONCEITO DA GUARDA COMPARTILHADA DE ACORDO COM A LEI N. 13.058/2014

Primeiramente, antes de adentrar no novo modelo de guarda instituído pela Lei n. 13.058/2014, faz-se necessário distinguir as duas modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Na família constituída pelo casamento ou pela união estável, na qual o casal divide os direitos e obrigações relativamente aos filhos, tem-se a guarda comum ou conjunta, que decorre do dever conjugal de sustento, guarda e educação dos filhos (arts. 1.566, IV, e 1.724 do Código Civil).

Quando os pais não moram juntos, seja porque nunca moraram ou porque se separaram, usa-se a terminologia “guarda unilateral” ou “guarda compartilhada” para se referir ao modelo de cuidado e responsabilidade em relação à prole.

Maria Berenice Dias⁶ explica que a lei define a guarda unilateral (CC 1.583 § 1º) como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. A guarda exclusiva dos genitores decorre do consenso de ambos (CC 1.584 I) ou quando um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2º).

Todavia, revela registrar que, na guarda unilateral, embora o não guardião detenha o pleno exercício do poder familiar (solicitação de informações, prestação de contas e fiscalização da educação), não cabe a ele gerir os interesses do filho, devendo se satisfazer apenas com a estipulação do dia de visita ou companhia.

Essa guarda unilateral, tradicionalmente adotada pelos Tribunais Pátrios, afasta, sem reboço de dúvida, o laço de paternidade da criança com o genitor não guardião, exarcebando os poderes do guardião em relação à educação e criação do infante.

⁶ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p. 514.

Segundo Sérgio Eduardo Nick⁷, as visitas quinzenais típicas dos arranjos jurídicos relativos à guarda unilateral trazem um efeito pernicioso sobre o relacionamento entre pais e filhos, devido a angústias em face dos encontros e separações, levando a um desinteresse defensivo do genitor não guardião de estabelecer contato com os filhos.

Em razão das inúmeras críticas e malefícios desta modalidade de guarda, tais como: a contestação à primazia reconhecida à mãe em relação ao direito de ser sempre detentora legítima da guarda e a redistribuição dos papéis dos cônjuges, é que a lei determinou como regra a adoção da guarda compartilhada, ainda que os pais estejam em estado de beligerância.

Desta forma, enquanto a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, a guarda compartilhada – nova regra legal –, é 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. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições.

Nesse contexto, oportuna a lição de Belmiro Pedro Welter⁸:

“(...) com a adoção da principiologia constitucional, a regra é de que se presume, juris tantum, a guarda compartilhada, em vista da necessidade da convivência e do compartilhamento do filho com o pai e a mãe. É dizer, como a regra é a guarda compartilhada, a guarda unilateral passa a ser a exceção (...)”

Com o advento da Lei n° 13.058/2014, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583, § 2º, passou a definir a guarda compartilhada da seguinte forma:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

⁷ Nick, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: Barreto, Vicente (Coord.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 1997. p. 131.

⁸ Welter, Belmiro Pedro. Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. Coordenadores: Coltro, Antônio Carlos Mathias e Delgado, Mário Luiz. São Paulo. Ed. Método. 2009. p. 64.

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

Denominada por Maria Berenice Dias como Lei da Igualdade Parental, a Lei nº 13.058/2014, ao definir a guarda compartilhada, acabou consolidando dois conceitos em torno dessa modalidade: a guarda jurídica compartilhada e a guarda física compartilhada.

Assim, em um primeiro momento, faremos uma distinção entre *joint legal custody* (guarda jurídica compartilhada) e *joint physical custody* (guarda física ou material compartilhada), terminologia adotada pelos países de língua inglesa.

Segundo o Dr. Henry S. Gornbein⁹, jurista americano especialista no tema, a *joint legal custody* refere-se à prerrogativa de “*tomar decisões em conjunto*”, o que significa que mesmo em situações de divórcio, ambos os pais possuem o direito de tomar as decisões sobre a criação dos filhos, embora a criança resida unicamente com um dos pais, que exerce a sua guarda física.

Já a *joint physical custody* é um arranjo para que ambos os pais possam conviver o maior tempo possível com os filhos, gerenciando conjuntamente os interesses da prole, o que pode se dar sob as mais diversas formas, a fim de que a criança fique praticamente a metade de seu tempo com cada um dos genitores e receba o duplo referencial de cada residência.

No presente trabalho, defenderemos a *joint physical custody* ou guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores, como o modelo ideal a ser buscado na formação dos filhos pós – divórcio.

Registra-se desde logo que, embora o tema objeto de debate seja a formação dos filhos pós-divórcio, ou seja, pressupondo a existência pregressa de uma sociedade conjugal gerada pelo casamento, o modelo ora defendido também se aplica para pais que viveram em união estável, para pais que eram somente namorados e também para pais que nunca tiveram um relacionamento afetivo, mas que geraram filhos.

Isto porque, a premissa que deve ser adotada como regra em nossa sociedade é o compartilhamento da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado e afeto, independentemente do fato da criança ter se originado na constância de um casamento, de uma união estável, de um namoro ou de uma relação casual ou fortuita.

⁹ Gornbein, Henry S. *Divorce Dmystified*. Momentum Books LLC. 2014.

Nunca se pode perder de vista que a finalidade é consagrar o direito da criança e de seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é imprescindível a mudança de alguns paradigmas e o rompimento de certos dogmas, levando-se em conta sempre os interesses da prole.

Nesse sentido, a Lei n. 13.058/2014 também trouxe essa ideia ao alterar a redação do artigo 1.634 do Código Civil. O mencionado dispositivo, que trata a respeito da autoridade parental, ganhou a expressão “*qualquer que seja a situação conjugal dos pais*”, ao mencionar a ambos o pleno exercício do poder familiar, consagrando a premissa de que cabe a ambos os pais, independentemente do relacionamento que mantêm entre si, dirigir a criação e educação dos filhos.

Assim, voltamos para um dos questionamentos iniciais do presente trabalho. *Se o compartilhamento de tarefas e responsabilidades diuturnas é a lógica aplicada dos pais na criação dos filhos enquanto casados, porque não continuar aplicando depois de dissolvida a sociedade conjugal?*

É a lógica que o legislador procurou normatizar com a Lei n. 13.058/2014, ao sedimentar a necessidade de que o tempo de convívio com filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre pai e mãe.

Paulo Lôbo, em sua obra *Direito Civil – Famílias*, ensina que “*a Lei n. 13.058 volta-se essencialmente à divisão equilibrada do ‘tempo de convívio’ com os filhos.*”.

Nesse sentido, define a guarda compartilhada¹⁰:

“A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude a autoridade parental. Consequentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita (...) que privam os filhos de suas presenças cotidianas.”

¹⁰ Lobô, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015. p. 175/181.

Observa-se, de plano, que a novel legislação estabeleceu um colegiado para o exercício da autoridade parental, do qual fazem parte a mãe e o pai, sem sobreposição de um sobre o outro.

Este novo modelo de criação da prole pós-divórcio decorre da relação entre os conjugês enquanto casados e do próprio funcionamento da família contemporânea.

É que, atualmente, homens e mulheres estão incumbidos de cuidar da família, em igualdade de proporções, tanto no aspecto material, como no afetivo. Isto significa dizer que os papéis materno e paterno no seio familiar ganham igual destaque e importância e esta sistemática reflete, por conseguinte, na criação dos filhos.

Desse modo, a dissolução do vínculo, duradouro ou não, entre os pais, não altera, ou alterará o mínimo possível, a relação de qualquer um deles com o filho.

Segundo Maria Antonieta Pisano Motta¹¹, compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o direito à felicidade individual nas relações afetivas, permitindo-se o divórcio desvinculado de qualquer noção de culpa, assegurados direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento, e igualdade entre o homem e a mulher, o cuidado na criação dos filhos pressupõe-se dever de ambos os pais. Casados ou não, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos¹² explica que:

“se estamos falando em igualdade entre os pais, em gestão colegiada da autoridade parental, em direito ao divórcio e à felicidade individual, não podemos retirar

¹¹ Motta, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/29.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

¹² Ramos, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. Poder Familiar e Guarda Compartilhada. São Paulo. Ed. Saraiva. 2016. p. 75.

do pai ou mãe separado a titularidade e o exercício do poder familiar nem, principalmente, retirar do filho de pais separados a convivência e a proteção decorrente da autoridade parental de seus pais. Afinal, o amor nasce da convivência, da cumplicidade e dos cuidados do dia a dia.”

Ou seja, a lógica de compartilhamento de tarefas e responsabilidades diuturnas dos pais na criação dos filhos praticada no casamento, graças à novel redação do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, permanecerá incólume após o divórcio.

É o que presumiu o legislador, ao instituir a guarda compartilhada visando o equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores, como a regra legal no ordenamento jurídico pátrio.

Porém, cumpre ressaltar que a forma mais fidedigna de implementar esta lógica após a ruptura conjugal, é com a instauração da alternância de residências do menor entre os genitores, isto é, com a *joint physical custody* (guarda física compartilhada).

Isso porque, muito embora a *joint legal custody* (guarda jurídica compartilhada) pressuponha a divisão dos encargos entre os genitores e o compartilhamento de decisões sobre a criação e educação dos filhos, forma de guarda que, inclusive, vem sendo erroneamente aplicada como regra pelo Poder Judiciário, na prática, esta lógica de compartilhamento de atribuições e responsabilidades fica muito difícil de ser atingida exatamente porque não há o convívio físico equilibrado entre pais e filhos.

Até porque, um pai ou uma mãe que pouco participe do trato diário da rotina dos filhos terá dificuldades para saber dos interesses, necessidades e comportamentos de suas crianças.

Na análise da matéria, cabe registrar que Caldwell¹³, ao discorrer sobre as mudanças que ocorreram na Nova Zelândia após a promulgação da lei sobre a proteção das crianças, que vige desde julho de 2005 naquele país, assinala que esta substituiu os antigos termos custódia e acesso (que, no Brasil, corresponderiam à guarda e visitação) por cuidado diário e contato, sendo preocupação do legislador ressaltar a responsabilidade parental conjunta.

Com efeito, atribuir uma residência fixa para o menor e um regime de relacionamento para aquele genitor que não vive com o filho sob o mesmo teto, não garante a real efetivação da guarda compartilhada trazida pela Lei n. 13.058/2014, haja vista que a convivência com um

¹³ Caldwell, John. Children: new developments. In. Atkin, Bill. The international survey of family law. Bristol. Jordan Publishing Limited. 2008. p. 275.

dos genitores durante um dia da semana e em finais de semana alternados, por exemplo, inviabiliza a própria participação igualitária de ambos os pais na formação e educação dos filhos.

Caíque Tomaz Leite da Silva¹⁴, ao se referir à *joint legal custody* (guarda jurídica compartilhada), explica que:

“Nesta modalidade de guarda, os pais, que não convivem, são igualmente responsáveis por direcionar a formação do filho comum, sem, entretanto, que haja uma partilha de responsabilidade pela manutenção física da criança. Tal modelo, portanto, não supre a necessidade filial de afeto e carinho em relação ao pai e a mãe que não convive com o menor, apenas implementa uma obrigação que já existia na guarda unilateral que é a de fiscalização por parte do genitor não guardião.

Dizemos, portanto, que a guarda compartilhada é, em verdade, uma “ficção jurídica” através da qual o genitor não guardião (físico) torna-se igualmente responsável jurídico pela criança, de modo a haver guarda jurídica conjunta (no que toca às responsabilidades pelas decisões que envolvem o desenvolvimento do menor) e guarda física exclusiva, já que o instituto não tem o condão de inserir a presença física de um dos genitores na vida da criança.”

Em seguida, o autor conclui que:

A guarda compartilhada, portanto, não incrementa em absolutamente nada o conviver da criança com o genitor não guardião. E embora contribua para a pacificação do espírito paternal/maternal do genitor não guardião, tornando-o mais presente nos assuntos pertinentes ao seu filho, transforma-o num assistente de palco do espetáculo do desenvolver da criança, um escondido atrás das cortinas, que tem somente uma posição privilegiada no assistir o espetáculo sem participar dele.

Veja-se, portanto, que sob a ótica da criança desprovida da presença física de um dos genitores, a guarda compartilhada não contribui em absolutamente nada para

¹⁴ Silva, Caíque Tomaz Leite da. Ensaio sobre a possibilidade jurídica da guarda alternada. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 930, ano 102. Abril de 2013. p. 53/85.

a atenuação da carência afetiva em relação ao genitor não guardião. Nesse sentido, (...) o genitor não guardião terá de contentar-se com o direito de visita. O genitor sente-se mais genitor porque atua nos bastidores, mas o filho não sente-se mais filhos porque não recebe o genitor não guardião no seu conviver.

Desta forma, o que a *joint legal custody* (guarda jurídica compartilhada) em tese pretende, não dá espaço na prática, em que pese sua aplicação seja necessária em alguns casos, quando as particularidades fáticas não permitirem a alternância de residências, como, por exemplo, quando pais residirem em cidades diferentes. Mas esta deve ser a exceção e não a regra na formação dos filhos pós-divórcio, devendo sempre priorizar a alternância de residências na guarda compartilhada, quando preenchidos os requisitos para a sua aplicação.

Veja-se, inclusive, que o Código Civil autoriza a duplicidade de domicílio, em seu artigo 71: “*Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas*”, de modo que fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer.

Ressalta-se, ainda, que a Convenção sobre os Direitos da Criança, instrumento normativo internalizado por Decreto Legislativo, superior hierarquicamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código Civil, dispõe, em seu artigo 9º, § 3º: que os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais “*de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos*”, salvo se contrário ao interesse superior da criança.

De acordo com a Convenção, não é possível falar em regularidade de relações pessoais ou contato direto se o pai convive com o filho dois finais de semana mensais. Desse modo, pode-se afirmar que a guarda compartilhada visando o equilíbrio do tempo de convívio com os genitores, com a alternância de residências, além ser a regra disposta no Código Civil, é a regra disposta na Convenção sobre os Direitos da Criança.

A *joint physical custody* (guarda física compartilhada), portanto, é o modelo que deve ser primariamente perseguido. Com esta modalidade, a criança mantém dois genitores psicológicos, cujos estilos de vida e valores contribuem para uma formação diversificada de sua personalidade. Assim, não só quantitativamente estará incrementada a relação da criança com o genitor não guardião, porque o contato seria mais constante e regular, além de aproximar o genitor não guardião, cria uma naturalidade nas relações deste com a criança.

Conclui-se, portanto, que a nova Lei n. 13.058/2014 definiu a guarda compartilhada com alternância de residências visando a divisão equilibrada do tempo de convívio entre os genitores como a regra legal do ordenamento jurídico brasileiro, por ser a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação dos pais na formação e educação do filho.

É o reflexo mais fiel do exercício do poder familiar, ainda que encerrada a conjugalidade, eis que assegura uma maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, sendo o modelo mais popular em todo o mundo ocidental, que escolhe o “*Shared Parenting 50/50*” por ser o mais benéfico para a formação física, psíquica e intelectual dos filhos, conforme se demonstrará a seguir.

II.2. BENEFÍCIOS PARA PAIS E FILHOS

Nas últimas quatro décadas, a sociedade têm passado por uma grande transformação nas relações humanas, circunstância que acabou resultando no aumento das separações entre casais. O divórcio não é um ato isolado e muito menos um fenômeno sem vítimas, pois gera reflexos objetivos e imediatos no funcionamento da família e na vida de pais e filhos.

Por tais motivos, a atividade dialética em torno do tema deve ser sempre mantida pelos operadores de direito, com vistas à garantir os melhores interesses dos filhos e dos pais.

Conforme abordado no tópico anterior, a guarda compartilhada com alternância de residências visando a divisão equilibrada do tempo dos filhos entre o pai e a mãe passou a ser a regra adotada no ordenamento jurídico, muito embora ainda hajam muitos conceitos pré-estabelecidos em torno do tema, resistência em sua aplicação e confusões a respeito do seu conceito com outra modalidade de guarda, conforme se verá, por oportuno.

Uma das causas positivas da mudança de paradigma trazida pela Lei n. 13.058/2014 é que homens e mulheres estão percebendo a importância da convivência entre pais e filhos. E cada vez mais homens querem ter papel participativo – não secundário – na vida das crianças.

Isto porque muitos pais já não se contentam em ser um mero visitante quinzenal enquanto a mãe mantém a guarda exclusiva. Como os papéis conjugais tradicionais mudaram no terceiro milênio, nossos conceitos sobre a melhor maneira de conviver e educar filhos de pais separados mudou também.

Silva¹⁵ em seu estudo sobre a identidade paterna após a separação conjugal aponta ser cada vez mais comum nas disputas de guarda em Varas de Família a compreensão de que apenas prover materialmente não preenche as necessidades internas masculinas de um homem que desejar exercer a paternidade ativamente, há o desejo de colaborar no sustento e na criação do filho em todos os aspectos.

Giusto¹⁶, com muita sensibilidade, expõe a problemática atual do nosso sistema, que, embora clame pela promoção da dignidade da pessoa humana, pela igualdade de direitos entre o homem e a mulher e pela paternidade responsável, tende a excluir o pai separado, amoroso e presente, do convívio com o seu filho:

¹⁵ Silva, E.Z.M. Paternidade Ativa na Separação Conjugal. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2005. p. 66.

¹⁶ Giusto, Eliana. Guarda de filhos quando os homens também são discriminados. Revista Brasileira de Direito de Família. N. 3. 1999. p. 67/71.

A igualdade de condições entre pai e mãe geralmente dá a vitória à mulher, discriminando o homem. Nestes caso, o contraditório nem se estabelece. A bem da verdade, isto fere princípio constitucional, podendo ensejar, na esfera processual, recurso até o Supremo Tribunal Federal. Na lide forense, sabe-se que a disputa processual, que é resolvida apenas com o recurso à superior instância, no caso referido ao STF, dura vários anos. E, quando a matéria diz respeito à guarda de filhos, nestes anos em que a disputa se prolonga, eles crescem, perdendo-se o objeto da lide. Os filhos cresceram, foram cuidados e educados pela mãe, quando não pela avó ou babá, e todas as teorias psicológicas quanto à presença do pai na sua educação e formação de caráter, personalidade e identidade sexual se perderam no tempo. Resta então, como um último recurso, na esfera pessoal, a terapia psicológica, que nem sempre é buscada, ou mesmo eficaz. (...), pais presentes existem. São amorosos, responsáveis e batalhadores, mas sofrem ainda graves discriminações. E para o bem de seus filhos e de uma sociedade melhor, devem ser acolhidos pelo sistema jurídico, ao menos com igualdade em relação à mulher, quando se trata de questões de guarda. Na verdade, tudo isso é para dizer que cuidando melhor destes assuntos, teremos como resultado uma sociedade constituída de pessoas mais equilibradas, mas sadias e mais felizes. E a vida de todo e qualquer ser humano não se resume na busca constante da felicidade?

De outro lado, correlaciona-se ao aumento de popularidade da guarda física compartilhada, o aumento de mães que trabalham em tempo integral, visto que a fixação de residência somente no lar materno torna-se bastante difícil para uma mãe que possui emprego em tempo integral, permanecendo a criança, muitas das vezes, sob os cuidados de creches, de escolas, de babás, vizinhos ou dos avós.

Nesse sentido, Françoise Dolto¹⁷ explica que a vivência de ruptura na criança quando ocorre a separação dos pais, acontece como uma perda de referenciais em três contínuas: o *continuum* do corpo; o *continuum* da afetividade; e o *continuum* social. O corpo se identifica com a casa em que a criança vive e, ao ter que deixá-la, vivencia uma ruptura em dois níveis de desestruturação: no nível espacial, que repercute no corpo, e no nível da afetividade, através da dissociação de sentimentos no convívio com cada genitor.

¹⁷ Dolto, Françoise. Quando os pais se separam. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor. 1989. p. 76.

E é este o papel primordial da guarda compartilhada com a custódia física conjunta: coibir a ruptura de referenciais das crianças quando os pais se divorciam.

Estudos realizados pelo pediatra italiano Vittorio Vezzeti, diretor científico da associação italiana de profissionais de família, incluindo pesquisas de Sarkady (22.300 crianças), Robert Bauserman (2.660 crianças), Jabloska-Lindbergh (15.428 crianças), Children's Society (184.496 crianças) e também relatórios oficiais do governo australiano (mais de 70.000 famílias), constituindo, assim, submissão científica estatisticamente válida, afirmam que as crianças precisam de previsibilidade na continuidade da convivência familiar com seus pais, pois eles são as verdadeiras fontes de estabilidade para as crianças.

A fonte dessa estabilidade para a criança é continuar a desfrutar do convívio com ambos os pais, e a essa previsibilidade, a criança se adapta em uma rotina. Esta rotina em dois lares se constitui na base da previsibilidade ancorada na Lei n. 13.058/14 que os opositores ao novo modelo parental tanto querem negar, pois na prática para esses últimos, a estabilidade não gira em torno do que seja o melhor para a saúde física, mental, emocional e psicológica das crianças, mas gira em torno de quem fica com o poder.

Estudos de alto nível científico indicam que por quase todas as medidas, as crianças colocadas em desequilíbrio de convivência com seus pais saem-se pior do que seus pares em famílias intactas e em relação às crianças colocadas em guarda conjunta.

O maior ganho para os filhos na custódia física conjunta é o de poder conviver com as duas famílias. Isso permite que as crianças mantenham uma forte relação com ambos os pais e ambas as famílias, obtendo um duplo referencial.

Estudos recentes mostram que a maioria das crianças em regime de custódia conjunta, convivendo com ambos os pais semanalmente em igualdade de tempo, relataram níveis significativamente mais altos de satisfação de vida, maior bem estar geral, auto-estima, melhores resultados acadêmicos e relacionamentos psicossocial.

E essas crianças estavam tão bem-ajustadas como as crianças das famílias intactas, muito provavelmente porque a guarda conjunta proporciona à criança oportunidade de ter contato permanente e equilibrado com ambos os pais.

É até mesmo intuitivo que quando ambos os pais estão disponíveis, as crianças desfrutam de orientação, disciplina e amor de cada um dos pais.

Não surpreendentemente, verificou-se que quando há guarda conjunta, os pais relataram menos conflitos, mais apoio e mais sentimentos positivos em relação ao outro genitor. Uma razão óbvia para isso é que os pais dividindo a guarda e tendo a convivência equilibrada com os filhos, ficam mais propensos a cooperar, resultando em menores níveis de conflito.

O recente estudo do psicólogo Robert Bauserman do Departamento de Saúde e Higiene Mental dos EUA (2002) concluiu que as crianças em guarda conjunta (*Shared Parenting*) são significativamente melhores adaptadas em todos os aspectos: saúde física e mental, as relações familiares, de adaptação comportamental e emocional e autoestima.

Por outro lado, as crianças cuidadas por apenas um dos pais, de acordo com as estatísticas de US DHHS são significativamente mais afetadas pelos seguintes riscos (de acordo com estudos de Tyl 2006 e Bacharel 1996): • 5 x mais propensas a cometer suicídio • 9 x mais chances de acabar em casa de reeducação • 9 x mais chances de abandonar a escola • 10 x mais propensas a cair na toxicod dependência • 14 x mais propensas a cometer estupro • 20 x mais propensas a sofrer de distúrbios comportamentais • 20 x mais chances de acabar na cadeia • 32 x mais propensas a fugir de casa • Dados do US DHHS - Departamento de Saúde e Serviços Humanos – EUA¹⁸.

Já o pediatra norte americano, Dr. Nicole Brow do Hospital Johns Hopkins de Baltimore USA, se deu conta que muitos de seus pacientes, crianças diagnosticadas com Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH), viviam em lares monoparentais, onde uma hiper vigilância provoca essa resposta ao stress vivenciado.

Constata-se, de plano, que ao privilegiar a rotina da criança em uma residência em detrimento da coabitação em guarda compartilhada, o vazio emocional causado pelas visitas limitadas e insuficientes, pode ser um problema de saúde pública a longo prazo.

A partir daí, suscitamos dois dos questionamentos iniciais do presente trabalho. *Porque não aplicar um modelo que, sabidamente e comprovadamente, é o mais benéfico para a formação biopsicossocial dos infantes? Porque privar pais e filhos de um modelo que oferece*

ABBAD, Roosevelt. **Os Desafios da Guarda Compartilhada**. 2015. Disponível em: <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/176024223/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-i> <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/178802594/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-ii> <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/180845405/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iii> <https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/268263565/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iv> <https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/295172325/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-v> Acesso em 19 de agosto de 2017.

uma convivência diária de mais qualidade e sem sobrecarregar um genitor em detrimento do outro?

De fato, não há motivos. Nem jurídicos, nem científicos, nem psicológicos e nem estatísticos.

Na contemporaneidade, não se olvida que a maioria das crianças passam grande parte do tempo longe da casa e do genitor que detém a guarda física exclusiva, permanecendo os infantes sob os cuidados de creches, de escolas, vizinhos, de babás ou de avós.

Lewis e Blakeslee¹⁹ lembram que, muitas vezes após a separação, as mães que obtém a guarda dos filhos precisam aumentar sua carga horária de trabalho e estudar, além de estarem procurando reconstruir suas vidas. Por esses motivos, reduzem não só o tempo que permanecem com a criança, mas os cuidados que dedicam a esta, o que pode suscitar queixas dos filhos. Nessas circunstâncias, pode-se questionar porque não permitir ao pai estar mais próximo do filho, ocupando-se dos afazeres com este no lugar de terceiros que costumam ser designados para tais tarefas.

Note-se, também, que as crianças na contemporaneidade não mantêm uma rotina fixa, mesmo que a guarda monoparental seja concedida. Com tenra idade os pequenos vão para a pré-escola, onde passam grande parte do dia, tendo que se adaptar às regras da instituição, um ambiente distinto do seu lar.

Brito e Gonsalves²⁰ explicam que todos que tem algum contato pessoal com tais situações percebem que as crianças sabem diferenciar, sem grandes conflitos, as regras de cada local de convivência.

Nesse sentido, Brito²¹ expõe como resultado de pesquisa que realizou, que os filhos contemplados com a rigidez da guarda monoparental geralmente reclamavam quanto à distância física e emocional do genitor que não permaneceu com a guarda. Já os filhos que após a separação dos pais mantiveram uma convivência ampliada para ambos, não apresentavam queixas quanto ao relacionamento com seus genitores. Estes filhos se sentiam parte das duas casas e afirmavam ter “(...) *liberdade para circular entre os dois espaços (...)*”.

¹⁹ Lewis, Julia et Blakeslee, Sandra. Filhos do divórcio. São Paulo. Loyola. 2002. p. 214.

²⁰ Brito, Leila Maria T.; Gonsalves, Emmanuela N. Razões e contra-razões para aplicação da guarda compartilhada. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 886, ano 98. Agosto de 2009. p. 69/86.

²¹ Brito, Leila Maria T. Desdobramentos da Família pós-divórcio: o relato dos filhos. Anais do congresso Brasileiro de Direito de Família, 5, 2005. São Paulo. IOB Thompson. 2006. p. 531/542.

Ainda segundo o estudo de Brito, destaca-se que os filhos entrevistados se mostraram aliviados por não terem precisado escolher com qual dos pais gostariam de residir após a separação conjugal destes.

Como também perceberam outros pesquisadores, Wallerstein e Kelly²², a solicitação para que a criança expresse com quem deseja residir pode acarretar sentimentos de culpa no filho, que sente como se tivesse rejeitado um dos pais.

Viaux²³, ao realizar pesquisa com crianças que se submeteram a perícias ordenadas por Tribunais de Justiça franceses em casos de disputa de guarda, buscou avaliar se havia discordância entre o que fora dito, ou explicitado pela criança, e os desejos e necessidades destas revelados no decorrer do atendimento psicológico. O autor percebeu que, inicialmente, muitas crianças ficavam surpresas ao terem que se pronunciar a respeito de qual dos pais preferiam morar, pois, na verdade, esperavam que os pais lhes dessem a solução para a questão.

Além disto, observou ser comum a submissão da criança à vontade do guardião. Alguns menores de idade, entretanto, manifestaram clara oscilação entre essa submissão e o desejo de que existisse um critério que garantisse o contato, em iguais condições, com ambos os pais.

Ou seja, as pesquisas e estudos mostram que as próprias crianças apoiam a igualdade de convivência com ambos os pais pós-divórcio, pois a referência para as crianças é o abrigo moral dos pais e não o seu quarto ou banheiro.

Frisa-se que a referência mais importante das crianças não é a geográfica - seu quarto ou banheiro -, mas sim, a familiar. Com efeito, sentir que tanto a casa da mãe quanto a do pai são suas, gera no filho o sentimento de pertencimento tanto ao mundo de seu pai quanto ao mundo de sua mãe.

O fator mais importante para as crianças se tornarem adultos saudáveis e felizes, não é a rotina em um endereço ou a construção de alvenaria como base de referência, mas a continuidade da relação com ambos os pais.

De acordo com os dados apontados nas pesquisas destacadas, evidencia-se a adequação de se questionar o que seria fator de proteção à saúde mental da criança, ou inversamente, o que

²² Wallerstein, Judith; Kelly, Joan. Sobrevivendo à Separação: como pais e filhos lidam com o divórcio. Porto Alegre. Artmed. 1998.

²³ Viaux, Jean-Luc. Vous me direz chez qui je dois aller? Stratégies d'enfant's dans des contentieux du divorce. Dialogue, n. 132. Paris. Association Française des Centres de Consultation Conjugale, 1º trim. 1996. P. 107/120.

seria prejudicial ao seu desenvolvimento: a rotina de encontrar um dos pais esporadicamente, de 15 em 15 dias, ou a rotina do convívio de duas casas?

A visita fixada em finais de semana alternados é um método ultrapassado de garantir um bom convívio do não guardião com o seu filho.

A nova Lei n. 13.058/14 oferece à sociedade a oportunidade de empenhar seus melhores esforços para aplicar a previsibilidade da continuidade da convivência familiar, na rotina em duas casas, mesmo que demandem dos pais, reestruturações, concessões e adequações diversas, para que, assim, seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial.

Denota-se, portanto, que o superior interesse das crianças e dos pais somente será alcançado quando conviverem em equilíbrio de tempo por meio da alternância de residências.

II.3. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO

São requisitos da guarda física compartilhada: maternidade ou paternidade jurídica (normalmente demonstrada com o registro civil do filho); aptidão para o exercício do poder familiar; vontade e disponibilidade de tempo de exercer a guarda; genitores residirem na mesma cidade.

O texto legal menciona expressamente a figura do pai e da mãe, que por meio da guarda compartilhada têm responsabilidade conjunta e exercem os direitos e deveres decorrentes do poder familiar em igualdade de condições.

É pelo registro civil, pela lavratura da certidão de nascimento, como dever que decorre do poder familiar, que os pais oficializam a paternidade ou a maternidade, dando ao filho um nome e lhe garantindo diversos direitos.

No entanto, embora o legislador tenha mencionado pai e mãe, é importante ressaltar que a guarda compartilhada também se aplica aos casais homoafetivos, podendo ser aplicada na maternidade ou paternidade socioafetiva, notadamente nas hipóteses de adoção, ressaltando que o companheiro da mãe, especialmente quando a criança não tem pai registrado, exerce nítida função parental, e que outros familiares, como a tia e a avó, também podem exercer a guarda compartilhada com os pais.

Maria Berenice Dias²⁴ explica que como existe a possibilidade de crianças e adolescentes estarem sob a guarda de pessoas outras que não os genitores, o que ocorre de forma bastante frequente com relação aos avós, nada impede que seja estabelecida a guarda compartilhada entre os avós e os genitores, ou entre um dos genitores e os avós.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos²⁵ enfatiza que embora pai e mãe tenham preferência de exercer a guarda, haja vista os direitos e deveres que decorrem do poder familiar, nada impede que seja estabelecida a guarda compartilhada entre pai/mãe e avó ou avô, ou entre uma tia e uma avó, pois a divisão das funções de cuidado em relação à criança, com divisão de tempo de convívio, muitas vezes atende os melhores interesses das crianças.

²⁴ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p. 519.

²⁵ Ramos, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. Poder Familiar e Guarda Compartilhada. São Paulo. Ed. Saraiva. 2016. p. 80-81.

Não é incomum que o exercício de atividades de trabalho dos pais, fragilidades emocionais ou psíquicas, necessidade de representação escolar ou outras situações peculiares imponham o reconhecimento de uma guarda compartilhada no âmbito familiar mais amplo.

Além disto, a norma legal também menciona que é necessário que ambos os genitores estejam aptos ao exercício do poder familiar. Essa aptidão é presumida com a maternidade ou paternidade.

Via de regra, os pais estão aptos para o exercício do poder familiar e da guarda compartilhada.

Silvana Maria Carbonera²⁶ ensina que, de uma maneira geral, verificam-se as condições pessoais e características dos pais, abrangendo a capacidade para satisfazer as necessidades dos filhos, o tempo que podem a eles dedicar, a saúde física e mental, o afeto demonstrado pelo filho, a ocupação profissional, a estabilidade do ambiente que cada um pode facultar aos filhos, a vontade que cada um deles manifesta de manter e incentivar a relação com os filhos com o outro genitor.

Fatos que desabonem a conduta dos pais no exercício do poder familiar devem ser suficientemente provados. Note-se que são fatos graves que inviabilizam a parentalidade e que não dizem respeito ao litígio dos pais entre si.

Nesse sentido, é sempre relevante ressaltar a diferença entre conjugalidade e parentalidade. Bons pais ou boas mães não necessariamente são bons maridos ou esposas. O fracasso da relação do casal não tem relevância para o estabelecimento da guarda.

Contudo, o uso abusivo de drogas e álcool, a existência de problemas psiquiátricos graves e um ambiente desequilibrado e hostil ao qual a criança é exposta são fatores a serem considerados para impedir a guarda compartilhada do filho.

A transmissibilidade de bons valores, o estímulo do convívio familiar com os pais, avós, irmãos e demais parentes, no respeito à figura parental do outro genitor, no cuidado e na disponibilidade afetiva, num ambiente saudável, são elementos a serem considerados.

É importante que os genitores tenham consciência do seu papel de educadores, de exemplo para o filho e da necessidade de estarem presentes e ainda respeitarem a convivência familiar do filho com seus demais parentes como estímulo para o afeto entre eles. Até porque,

²⁶ Carbonera, Silvana Maria. Guarda de filhos na família constitucionalizada. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris. 2000. p. 128.

conforme já exposto, a afetividade floresce na convivência, nos cuidados do dia a dia, em ambiente de solidariedade e responsabilidade.

Já o terceiro requisito é a vontade e disponibilidade de tempo de exercer a guarda do filho. Muitos pais, em razão das atribuições de suas profissões, da falta de moradia adequada ou reestruturação familiar, podem optar pelo não exercício da guarda física compartilhada do filho (regra legal). Assim, escolhem fixar a residência do menor com um genitor, estabelecendo um regime de convivência para o outro genitor, sem prejuízo da guarda jurídica compartilhada. Todavia, como já dito, esta deve ser a exceção e não a regra na formação dos filhos pós-divórcio.

Por fim, o último fator que deve ser observado para a implementação da custódia física conjunta é a localização das residências dos genitores.

Somente quando os genitores residirem na mesma cidade é que será fixada a guarda compartilhada com alternância de residências. Isto significa dizer que, ainda que estejam preenchidos todos os requisitos supramencionados, se os genitores não residirem na mesma cidade, inviável a sua fixação.

Este requisito prático e objetivo deve ser rigorosamente observado, a fim de que se possa viabilizar e preservar a rotina da criança e dos pais, garantindo-se, assim, que o infante continue frequentando a mesma escola, as mesmas atividades extracurriculares, o mesmo médico, o mesmo círculo social.

Paulo Lobô²⁷ ressalta que *“lei prevê o que considerou “base de moradia dos filhos”, quando os pais residirem em cidades diferentes.”*

Desse modo, apenas quando os genitores residirem em comarcas diferentes ou quando as peculiaridades fáticas do caso assim recomendam, é que se fixa a residência do menor no lar do pai ou da mãe, pois, caso contrário, a regra será o compartilhamento da convivência do menor com a alternância de residências entre os pais, tal como prescreve o § 2º, do artigo 1.583, do CC.

Nesse contexto, cabe registrar que em que pese a proximidade de residências seja requisito essencial para a fixação da guarda física compartilhada, a diferença de cidades, estados e países não impede que a guarda jurídica compartilhada seja fixada, devendo ficar estabelecida a residência fixa do menor como aquela que melhor atenda aos seus interesses. O contato com

²⁷ Lobô, Paulo. Direito Civil – Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015. p. 178.

o outro genitor deve ser facilitado pelos meios de comunicação como telefone, *Skype* e internet, cabendo o genitor responsável pelo afastamento, se possível, promover e financiar a convivência familiar do outro, arcando com os custos de comunicação e deslocamento.

Desta forma, estando presentes os quatro requisitos acima elencados, a guarda física compartilhada poderá ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção ao melhor interesse do menor, considerando as necessidades específicas do filho. É expressa a preferência dada pelo legislador ao compartilhamento da guarda, cabendo o magistrado, na audiência de conciliação, informar e mobilizar os pais em relação ao seu benefício e aplicá-la ainda que haja litígio entre os genitores (artigo 1584, § 1º, do Código Civil).

Deve-se sempre ter em mente que a guarda física compartilhada não significa apenas equilibrar o tempo de convívio, mas dividir responsabilidades, como buscar e levar o filho na escola, alimentá-lo, ajudar nas tarefas escolares, acompanhar a criança ao médico, dentista e atividades extracurriculares, conversar, proporcionando carinho, afeto e atenção.

Como regra geral, deve-se procurar seguir a rotina da criança na época durante a qual seus pais ainda moravam juntos, garantindo a convivência que era desfrutada no ambiente familiar. Se os pais nunca moraram juntos e o estabelecimento das regras de convivência for algo novo, caberá aos genitores tentar chegar a um consenso, seja com ajuda de equipe multidisciplinar ou mediação, tendo em vista os horários de trabalho e os compromissos da criança.

A guarda física compartilhada viabiliza a guarda jurídica compartilhada, na medida em que o convívio equilibrado com ambos os genitores possibilita a criança ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese da vivência da rotina à luz do contato materno e paterno.

II.4. AUSÊNCIA DE CONSENSO E A RECOMENDAÇÃO DA CORTE SUPERIOR

Os Tribunais Pátrios, nas ações que envolvem o tema guarda compartilhada, tinham a tendência de exigir que o ex-casal mantivesse uma relação harmônica após o rompimento conjugal para que a guarda pudesse ser aplicada e exercida com sucesso.

Segundo Brito e Gonsalves²⁸ frases como:

“havendo discordância entre os genitores (...) a pretensão de guarda compartilhada se afigura inviável porque contraria ao interesse das crianças” (TJRS, Processo 70013325063); “adoção do sistema de guarda compartilhada só é recomendável se existir entre os genitores uma relação marcada pela harmonia, onde não existam disputas nem conflitos” (TJRJ, Processo 200700118864); “guarda compartilhada (...) pressupõe um estado de acertamento e apaziguamento entre os cônjuges (...)” (TJMG, Processo 1070204122772-0/001(1)), eram reproduzidas em processos nos quais se negou o pedido de guarda compartilhada feito por uma das partes, justificando-se que não existia bom entendimento entre os pais da criança.”

Ocorre que, nas palavras de Maria Berenice Dias²⁹, o compartilhamento da guarda nunca pressupôs convivência harmônica dos pais. Esta restrição nunca esteve em lei, foi equivocadamente imposta pela jurisprudência.

Observou-se ainda na jurisprudência que desentendimentos entre os pais no decorrer da guarda compartilhada eram interpretados como fracasso da guarda compartilhada, motivo pelo qual era deferida a guarda unilateral.

Dessa forma, devido à alegação de mágoas, desentendimentos e mau relacionamento existente entre pessoas que se separam, erguiam-se cercas fechadas e altos muros, reafirmando-se a impossibilidade de ambos, pai e mãe, participarem da criação de filhos que lhes são comuns.

²⁸ Brito, Leila Maria T.; Gonsalves, Emmanuela N. Razões e contra-razões para aplicação da guarda compartilhada. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 886, ano 98. Agosto de 2009. p. 73.

²⁹ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p. 521.

Deixava-se de lado, portanto, a viabilidade de se construir, em linguagem metafórica, pontes que poderiam, inclusive, sinalizar para a importância, ou para a expectativa, de algum diálogo entre os pais da criança. Ao se confirmar que as partes não conseguem se entender, cristalizam-se atitudes e comportamentos, desconsiderando-se que a situação vivenciada possa ser momentânea, transitória, com possibilidade de ser alterada dependendo das circunstâncias que as partes encontrem pela frente.

Zambrano³⁰ relata que também na Itália, antes de promulgadas a lei que trata da guarda compartilhada, em 2006, juízes consideravam que fatores como a ausência de desentendimentos entre os pais da criança, a curta distância entre as moradias destes e o contato frequente do ex- casal, seriam condições essenciais para aplicação da guarda compartilhada. Entretanto, a lei de 2006 indica que somente em casos excepcionais deve ser concedida a guarda unilateral.

Em sentido semelhante, Caldwell³¹ informa que, na Nova Zelândia, apesar de os juízes também considerarem imprescindível o bom entendimento entre os pais da criança para guarda compartilhada ser concedida, alguns juristas ressaltam que pesquisas desenvolvidas pelas ciências humanas e sociais sugerem o cuidado dos filhos por ambos os pais, mesmo quando não existe harmonia em entre eles.

Gréchez e Théry³² pontuam que, ao se exigir bom relacionamento entre ex- cônjuges para o estabelecimento de guarda da criança, unifica-se o que é do âmbito da conjugalidade ao da parentalidade, contextos que hoje se entende que deveriam ser dissociados após o desenlace conjugal.

Isto porque, a falta de amor entre os cônjuges não pode afetar ou atrapalhar os vínculos afetivos de pais e filhos, nem priva-los do direito ao convívio familiar com ambos.

Caíque Tomaz Leite da Silva³³, expõe que:

³⁰ Zambrano, Virginia. Allocating child shared custody to separating or divorcing couples. Law 54/2006. In: Atkin, Bill. The international survey of Family law. Bristol: Jordan Publishing Limited. 2008. p. 207.

³¹ Caldwell, John. Children: new developments. In: Atkin, Bill. The international survey of family law. Bristol. Jordan Publishing Limited. 2008. p. 275/292.

³² Gréchez, Jean. Le drit d'accéder à ses deux parents: les "Point Rencontre AFCC" en Aquitaine et leurs repercussions inattendues. Dialogue, n. 15. Paris: Association Française des Centres de Consultation Conjugale. 1^o trim. 1992. p. 51/61.

Théry, Irene. Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique? Paris. 1992. p. 7/30.

³³ Silva, Caíque Tomaz Leite da. Ensaio sobre a possibilidade jurídica da guarda alternada. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 930, ano 102. Abril de 2013. p. 53/85.

“o que se dissolve é a relação entre os pais, não destes com o filho fruto da união, de qualquer modalidade que seja ela. E não o fazemos em prol do interesse dos pais, que podem enxergar na criança, como bem adverte a psicologia, a tábua de salvação de um relacionamento naufragado, mas em razão do interesse do filho, que tem o direito de que sua relação com ambos os pais não naufrague por arrastamento.”

Torres³⁴, ao abordar a distinção que deve ser feita entre relação conjugal e relação parental, afirma que: *"enquanto a primeira pode ser quebrada, a segunda deve ser assegurada de forma responsável por ambos os progenitores e sem descontinuidades até à idade adulta dos descendentes"*.

Gréchez compreende que o uso da expressão casal parental não seria adequado após uma separação. Se o casal conjugal foi desfeito, o que perdura é a relação do filho com o pai e com a mãe, observação também sublinhada por Théry.

Nesse sentido, Silva³⁵ lembra que segundo a concepção privatista em que se fundava o Código Civil de 1916, se os pais não praticassem nenhum ato caracterizador de ilícito que autorizasse a suspensão ou a destituição da autoridade parental, não poderia o Estado imiscuir-se naquela relação, que era essencialmente doméstica e privada.

No entanto, nos dias de hoje, Fachin³⁶ ensina que a família ganhou expressa tutela do Estado, e as regras familiares, têm nítido caráter público. O estado intervém para regulamentar, além do casamento, as uniões livres e a própria autoridade parental. A família *“deixou de ter um regime submetido à vontade dos indivíduos”*.

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado o dever de assegurar proteção à família na pessoa de cada um dos membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência doméstica (artigo 226, § 8º).

Assim, denota-se que, na atualidade, a autoridade parental é mais um dever do que um poder. E cabe ao Estado intervir nessa relação, e ainda, criar mecanismos de participação de ambos os pais no convívio com o filho.

³⁴ Torres, Anália C. A família. Actas dos V Cursos Internacionais de Verão de Cascais. Cascais. Câmara Municipal de Cascais. 1999. p. 71-94.

³⁵ Silva, Marcos Alves da. Do pátrio poder à autoridade parental. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2002. p. 120.

³⁶ Fachin, Luiz Edson. Elementos Críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p.44.

A mera constatação jurídica de que a autoridade parental é igualitária, garantida a ambos os pais mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, não garante, por si só, a participação efetiva e convivência dos pais na vida de seus filhos. Aliás, sem convivência, a relação de afeto se enfraquece.

Por tais motivos que, na atualidade, recomenda-se que na determinação de guarda o olhar não esteja focado nos vínculos mantidos entre o ex-casal, mas nas relações pessoais a serem preservadas entre pais e filhos, como indica a Convenção sobre os Direitos da Criança, desde 1989.

Alguns autores, como Ramos³⁷, desde 2005, já entendiam que a guarda compartilhada pode ajudar a aplacar o litígio existentes entre pais das crianças:

“A guarda compartilhada é uma alternativa aplicável não somente aos casos em que há uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mas também, a nosso ver, e sobretudo, como solução para os litígios mais acirrados nos quais as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e dificuldades advindos na conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade.”

Outros autores como Wallerstein e Kelly³⁸ assinalam que as desavenças que acontecem pelo fato de o pai que não detém a guarda se ver afastado do cotidiano e das decisões sobre a educação dos filhos por vezes indignado com o que denomina de poder do guardião.

Pereira³⁹ reconhece que quando um dos pais nega a possibilidade de compartilhar a guarda da prole com o outro, pode estar ocorrendo o que denomina de jogo de poder entre o ex-casal. Na visão do autor: *“tudo leva a crer que não querer esse tipo de guarda assenta-se simplesmente em uma questão de poder. Não é justo que os filhos sejam privados da convivência com seus pais. Nem mesmo a separação litigiosa justifica isso.”*

³⁷ Ramos, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental. In. Apase. Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre. Ed. Equilíbrio. 2005. p. 110.

³⁸ Wallerstein, Judith; Kelly, Joan. Sobrevivendo à Separação: como pais e filhos lidam com o divórcio. Porto Alegre. Artmed. 1998. p. 155.

³⁹ Pereira, R. C. Apresentação. In. Apase. Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre. Ed. Equilíbrio. 2005. p. 7/8.

Ramos⁴⁰ ressalta que os profissionais do direito e a equipe técnica devem saber destacar a raiz do litígio: frustração pessoal com a separação, novo relacionamento afetivo do ex-consorte, discussão quanto ao valor da pensão alimentícia e partilha de bens não são motivos para inviabilizar a guarda compartilhada.

Assim, a guarda compartilhada não pode ser trazida pelas partes como motivo para fomentar litígios ou reduzir o valor dos alimentos, inviabilizando a convivência do grupo familiar, mas tem como fundamento a importância do convívio da criança com ambos os pais.

Ou seja, as situações de litígio não servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada do tempo de convívio.

Ao se voltar a atenção para pesquisas sobre guarda de filhos de pais separados que incluíram crianças em suas amostras, pode-se recordar que Wallerstein e Kelly perceberam que as crianças se sentiam bem quando ambos os pais se mantinham presentes em seu cotidiano e quando não se viam cerceadas no direito de encontrar um deles.

Entretanto, quando a atenção parental diminuía de forma significativa ou quando os filhos sofriam restrições ao contato, estes entristeciam e não compreendiam porque deveriam permanecer longos períodos sem ver um dos pais.

Grande número de crianças que essas autoras acompanharam estava sob a guarda das mães, ficando claro para as pesquisadoras que: "*durante as nossas entrevistas iniciais, as crianças expressaram o desejo de maior contato com o pai, com uma intensidade surpreendente e comovente*".

Nesse sentido, a dor pelo afastamento do filho também é sentida pelo não guardião, independentemente de ser ele o pai ou a mãe. Ainda não há, sem a guarda compartilhada, mecanismos jurídicos seguros que garantam um bom convívio entre pais separados e seus filhos.

Compartilhar a guarda significa partilhar em conjunto a educação e criação do filho, sob os aspectos de assistência material, moral e de convivência. É a corresponsabilidade e coparticipação na vida do filho.

Tem-se, assim, que a guarda compartilhada é uma alternativa aplicável não somente aos casos em que se dá uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mas também, e

⁴⁰ Ramos, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. Poder Familiar e Guarda Compartilhada. São Paulo. Ed. Saraiva. 2016. p. 80/81.

sobretudo, conforme expressamente previsto no artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, como solução para os litígios mais acirrados nos quais as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e as dificuldades advindos da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade.

Todavia, há ainda quem diga o contrário.

Rolf Madaleno⁴¹, por exemplo, entende que, se a guarda compartilhada pressupõe o consenso, não podem exercê-las casais separados e sem nenhuma relação de comunicação e de entendimento, em famílias disfuncionais; antes precisam atender à solução de suas diferenças pessoais e mágoas porventura remanescentes, desfazendo ressentimentos a tempo de permitir adotarem o modelo da guarda conjunta pelo consciente consenso de estarem adotando o melhor para seus filhos.

Segundo o autor, existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os divorciandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial de guarda compartilhada pela autoridade do julgador, e não pela vontade consciente dos pais.

Contudo, conforme já demonstrado, este entendimento não encontra sintonia com as pesquisas e estudos científicos mais recentes sobre a melhor forma de criar os filhos pós-divórcio.

Mais do que isso. Obstaculizar a aplicação de um modelo que, comprovadamente, é o mais benéfico para pais e filhos apenas pelo fato dos pais não terem resolvido seus desafetos advindos do fracasso conjugal, perpetuaria, ainda mais, o litígio entre eles. Pior, privaria a sua prole de obter o duplo referencial e o convívio equilibrado com ambos os pais, o que é essencial para a formação física, psíquica, intelectual e social dos filhos.

Destarte, infelizmente, observa-se que as recentes alterações legislativas no âmbito familiar ainda não foram capazes de modificar a mentalidade de grande parte da população brasileira, notadamente de operadores de direito ainda presos a critérios arraigados no antigo Código Civil de 1916, que tinham uma definição dogmática dos papéis do homem e da mulher no âmbito familiar, e que veem, com muita resistência, a possibilidade de convivência participativa de ambos os genitores na criação dos filhos quando há litígio entre eles.

Pai e mãe, definitivamente, precisam parar de projetar os desentendimentos porventura remanescentes do casamento na relação existente com os seus filhos.

⁴¹ Madaleno, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 438/440.

Repisa-se à exaustão: a conjugalidade deve ser tratada distintamente da parentalidade.

Waldir Grisard Filho⁴² sustenta que embora o consenso é o que se espera de pais separados, o litígio não afasta a concessão da guarda compartilhada:

“Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele “nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.”

A guarda compartilhada, portanto, deve ser o procedimento primariamente perseguido, mesmo no litígio, como se lê no § 2º do referido artigo 1.583 do Código Civil, para que não se faça do texto legal, letra morta, o que vem reforçar a importância do equilíbrio no exercício das funções parentais, rompendo o raciocínio de várias decisões judiciais que traziam o consenso como requisito da guarda compartilhada.

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a guarda compartilhada com alternância de residências deve ser o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados.

A Ministra Nancy Andriighi ressalta que a não aplicação da guarda por ausência de consenso faria prevalecer o exercício de um poder inexistente por um dos pais.

Daí a necessidade de se estabelecer um mecanismo real de participação do pai ou da mãe não guardião na vida de seu filho, pois, havendo litígios familiares com o guardião, existe um forte risco de alteração da referência paterna ou materna para a criança, estimulada, muitas vezes, pelo próprio guardião em favor de seu novo consorte.

Apesar de a separação ou o divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

Confira-se as decisões mais recentes do E. STJ quanto ao tema:

⁴² Grisard Filho, Waldir. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 205.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido.⁴³

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados.

2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

3. Recurso especial provido.⁴⁴

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.

2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que

⁴³ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJE 25/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.591.161 – SE (2015/0048966-7), Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 21/02/2017, DJE 24/02/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.⁴⁵

Nota-se, portanto, que a orientação uníssona da Corte Superior é que “*A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.*”

Com efeito, deve-se sempre lembrar que a sua aplicação depende da análise das peculiaridades fáticas que envolvem pais e filhos, que precisam ser são plenamente favoráveis para a regulamentação da custódia física conjunta, como a localização das residências, a vontade e disponibilidade de tempo de exercer a guarda, dentre outras circunstâncias.

Assim, ainda que no contexto de litígio familiar, a guarda compartilhada pode revelar, muitas vezes, um poder de conseguir que os pais sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes do divórcio, validando o papel parental de ambos com igualdade de importância e de relevância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar dos filhos.

A previsão legal e jurisprudencial da guarda física compartilhada reforça a importância da participação de ambos os pais na vida de seus filhos, pois, antes de qualquer efeito jurídico, já tem um impacto na mente dos pais envolvidos que evita o sentimento de perda, natural em processos judiciais, quando a guarda do filho é concedida ao outro.

Conclui-se, portanto, que de acordo com a jurisprudência pacificada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio de tempo de convívio do menor entre os pais deve ser aplicada, pois, nas palavras da Ministra

⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. REsp 1.251.000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011. Acesso em 20 de agosto de 2017.

Nancy Andrighi “*permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.*”, circunstância que deve ser perseguida na criação dos filhos pós divórcio.

III - GUARDA COMPARTILHADA COM ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS VISANDO A DIVISÃO EQUILIBRADA DO TEMPO DE CONVÍVIO ENTRE OS GENITORES E A GUARDA ALTERNADA

III.1 DISTINÇÃO, CONFUSÃO, PREVISÃO LEGAL E RESISTÊNCIA NA APLICAÇÃO

A discussão sobre a guarda compartilhada se confundir com a alternada recai sobre a convivência equilibrada em coabitação 50/50. Na verdade, convivência equilibrada, segundo as ciências exatas e sociais é aquela que fica na faixa de 35% a 50% do tempo. Existem diferentes arranjos que podem ser construídos para se alcançar o novo ordenamento jurídico que substitui o anterior regime de visitas, sempre limitado e insuficiente, por um plano de convivência amplo e equilibrado, que na literatura científica internacional é definido como: “*o ato de assumir o papel de pai e mãe continuamente, incluindo custódia legal e física, coresponsabilidade e direitos comuns*”⁴⁶.

Nesse sentido, imperioso distinguir a nova modalidade de guarda compartilhada trazida pela Lei n. 13.058/2014 e o instituto da guarda alternada, para que não paire nenhuma dúvida quanto ao tema, tudo com respaldo na doutrina e jurisprudência pátrias.

A doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁷ distingue com propriedade estas duas modalidades de guarda e a recorrente confusão entre elas:

“guarda alternada – modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visita. (...) Note-se que

⁴⁶ Abbad, Roosevelt. Os Desafios da Guarda Compartilhada. 2015. Disponível em: <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/176024223/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-i> <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/178802594/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-ii> <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/180845405/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iii> <https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/268263565/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iv> <https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/295172325/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-v> Acesso em 19 de agosto de 2017.

⁴⁷ Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 7ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2017. p. 502.

há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá de decisão judicial”.

Oportuna, ainda, a lição de Paulo Lôbo⁴⁸:

“Uma modalidade que se aproxima da guarda compartilhada, às vezes com ela se confundindo ou com ela se associando, é a guarda alternada. Nesta, o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. (...) Esclareça-se, portanto, que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada. A guarda compartilhada envolve a participação conjunta na criação e educação do filho, ainda que os pais estejam separados, além de assegurar a plenitude de convivência do filho com ambos os pais. A guarda alternada, que não tem previsão legal no Brasil, ainda que eventualmente possa ser utilizada, concentra-se na divisão de tempo.”

Confira-se, também, o escólio de Maria Berenice Dias⁴⁹:

“Apesar da celeuma que se instalou, principalmente entre os profissionais da área psicossocial, não houve a consagração da guarda alternada: modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e não se confunde com guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.”

⁴⁸ Lôbo, Paulo. Direito Civil - Famílias. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 181.

⁴⁹ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p. 520.

Nessa senda, importante colacionar os seguintes enunciados das Jornadas de Direito Civil⁵⁰:

ENUNCIADO 604 – A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

ENUNCIADO 606 – O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

Note-se, assim, que a guarda compartilhada e a guarda alternada são dois institutos jurídicos distintos.

Na guarda compartilhada “tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos”⁵¹.

Já a guarda alternada, “implica em exercício unilateral do poder familiar por período determinado”. Nesta modalidade, pai e mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro o direito de visitas.

Ou seja, a principal distinção entre guarda compartilhada e guarda alternada consiste no exercício conjunto ou exclusivo da guarda.

⁵⁰ Enunciados 604 e 606 da Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/247806230/divulgacao-oficial-dos-enunciados-aprovados-na-vii-jornada-de-direito-civil-em-setembro-de-2015>. Acesso em 3 de setembro de 2017.

⁵¹ Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 7ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2017 p. 503/504.

Simplificadamente, a guarda alternada é a guarda unilateral que se alterna. Porém, esta modalidade de guarda não está prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Observa-se, portanto, que embora haja a alternância de residências na guarda compartilhada – divisão equilibrada do tempo de convívio -, a nova regra legal estatuída no artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, não se equivale a guarda alternada pois, na guarda compartilhada, diferentemente da alternada, ambos os pais são responsáveis em gerenciar a vida dos filhos.

Contudo, a regra legal ainda causa a alguns operadores do direito muita resistência, talvez por uma visão arcaica e conservadora do modelo de família em que foram educados.

Talvez os principais fundamentos utilizados para inviabilizar a alternância de residências na guarda compartilhada são de que, supostamente, esta modalidade, frisa-se, erroneamente confundida com a guarda alternada, provocaria instabilidade emocional nos infantes e dificultaria a consolidação de hábitos pelo fato de transitarem de uma residência para outra.

É completamente desprovida de afirmação psicossocial esta assertativa.

Primeiro porque, os hábitos da criança, absolutamente dependente dos pais, são construídos pelos pais, ao passo que muitas das necessidades fisiológicas da criança é que condicionam o comportamento dos pais, e não o inverso (a mudança de lar não altera o horário de comer ou o que comer, o horário de dormir ou tomar medicamento).

Segundo porque, as relações intersubjetivas construídas pela criança restringem-se, na maioria das vezes, ao círculo social da família “monoparental”, de modo que a convivência igualitária com cada um dos pais promove a inclusão da criança no “novo” grupo familiar de cada um dos seus pais: novos avós, novos primos, novos tios, sem que haja uma família periférica.

E terceiro porque, conforme já visto no presente trabalho, as pesquisas e estudos de ponta demonstram que os filhos conseguem diferenciar, com clareza, os dois lares que possuem e as regras de cada local de convivência, circunstância que cai por terra a alegação de que a guarda física compartilhada seria perturbadora para as crianças.

Outro argumento bastante comum é de que, com a guarda física compartilhada, a criança viverá com uma mochila nas costas, viajando entre duas casas.

Porém, esses doutrinadores e profissionais da área psicossocial que sustentam estas teses esquecem de dizer que no antigo modelo da guarda unilateral e visitas quinzenais, já existia o vai e vem das crianças com mochila nas costas.

Cabe ressaltar, por oportuno, que nada impede que na residência materna e paterna o menor tenha um quarto devidamente organizado, decorado e equipado com suas roupas e brinquedos, não precisando, assim, levar ou trazer seus pertences de um lar para outro, o que facilita, inclusive, a sistemática diária de pais e filhos.

Sobre a confusão e resistência da aplicação da guarda física compartilhada (regra legal), Maria Berenice Dias⁵² expõe que:

“A expressão legal tem gerado muitos questionamentos, sobre o limite e extensão deste equilíbrio. Há quem diga que foi consagrada a guarda alternada, com tempo de convívio igualmente entre os pais. Há uma enorme e injustificada resistência a esta modalidade de compartilhamento, principalmente dos profissionais da área psicossocial, sob a alegação de que a criança precisa ter um lar de referência. Estas conclusões, no entanto, não dispõem de comprovação científica.”

Se a tão temida alternância de residências causa tantos males às crianças, dizem alguns profissionais, elas provavelmente estariam sofrendo esse flagelo na guarda unilateral, já que o detentor da guarda exclusiva, via de regra, deixa as crianças na residência de avós, parentes, vizinhos, empregadas, escolas, creches e tantos outros lugares.

Abbad⁵³, com muita propriedade, resume alguns factoides que geralmente são utilizados pelos tribunais em decisões sobre custódia, para negar a aplicação do compartilhamento com convivência equilibrada dos filhos. Veja-se:

1 - Exigir consenso entre os pais, ignorando a estratégia do litígio, quando a lei exige apenas aptidão e interesse;

2 - Fixar residência de referência quando não existe qualquer previsão legal para isso;

⁵² Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p. 518/519.

⁵³ Abbad, Roosevelt. Os Desafios da Guarda Compartilhada. 2015. Disponível em: <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/176024223/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-i> <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/178802594/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-ii> <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/180845405/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iii> <https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/268263565/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iv> <https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/295172325/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-v> Acesso em 19 de agosto de 2017.

3 - Favorecer um genitor para a convivência, quando a lei determina que seja equilibrada, em coabitação quando residirem na mesma cidade;

4 - Confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada inexistente no ordenamento jurídico nacional;

5 - Estabelecer provisoriamente a previsibilidade da rotina em uma residência e depois alegar que a rotina desequilibradamente estabelecida sem base na legalidade nem nos estudos científicos, não pode mais ser alterada;

6 - Ignorar os diversos transtornos psico-sociais causados pelo déficit emocional da guarda unilateral e visitas limitadas e insuficientes;

7 - Contradizer a Lei e a literatura científica, afirmando que a rotina sistêmica somente poderá ser cumprida tendo como referência uma única residência.

Ora, porque a resistência em aplicar a guarda física compartilhada (regra legal), que já é um modelo popular nos EUA (*Shared Parenting 50/50*) e Europa voltado para o bem-estar global das crianças?

Segundo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁵⁴, “*É hora de se começar o influxo nessa postura menos comprometida com os interesses do menor e mais ligada à comodidade de todos os envolvidos, menos a criança – principal agredido pela guarda singular – e o genitor que quer estar mais tempo ao lado de seu filho, contribuir, ajudar e acompanhar o crescimento de sua prole. Albergar, de outra banda, os interesses manifestamente egoístas do ascendente que exige a guarda singular da prole, é negar o direito do menor.*”

Que fique claro: a sociedade é a favor de uma divisão equilibrada de direitos e deveres em relação aos próprios filhos, algo que só o instituto da *joint physical custody* (guarda física compartilhada) pode oferecer e, esse arranjo de convivência para pais e filhos, deve estar disponível e acessível a todos que possuem condições de exercê-lo.

⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJE 25/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

IV- GUARDA COMPARTILHADA COMO ANTÍDOTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Primeiramente, cabe frisar que o objetivo deste capítulo não é abordar exhaustivamente o instituto da alienação parental, mas sim descrever brevemente este fenômeno e demonstrar em seguida que a guarda compartilhada com a alternância de residências visando o equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores é um dos instrumentos hábeis e disponíveis na legislação pátria para a prevenção e o combate desta síndrome que, infelizmente, assola milhares de famílias.

A Síndrome da Alienação Parental – SAP - foi uma expressão utilizada pelo psiquiatra norte americano Richard Garner, em 1985, após vinte anos de estudo de disputas de guarda, para conceituar o comportamento de crianças vítimas do fenômeno da alienação parental.

O psiquiatra compreendia que a síndrome é um produto de lavagem cerebral praticada pelo adulto alienador, seguidas de contribuições da própria criança, ocorridas quando ela, por si só, comete gestos de alienação parental, passando a manipular, mentir, criando pretextos para o não convívio com o outro genitor, tendo, como base, afirmações frívolas e injustificadas.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos⁵⁵, citando Gardner, ressalta que:

“a síndrome resulta de uma campanha para denegrir, sem justificativa, uma figura parental boa e amorosa, constituindo na combinação de uma lavagem cerebral para doutrinar uma criança contra essa figura parental e da consequente contribuição da criança para atingir o alvo da campanha difamatória.”

Rolf Madaleno⁵⁶, também fazendo alusão à tese de Gardner, conceitua que:

“A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um transtorno que se desenvolve primordialmente, em um contexto de disputa pela guarda. Sua principal manifestação é a campanha de difamação da criança em relação a um de seus pais. É o resultado

⁵⁵ Ramos, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. Poder Familiar e Guarda Compartilhada. São Paulo. Ed. Saraiva. 2016. p. 147.

⁵⁶ Madaleno, Rolf. Direito de Família. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 469.

da combinação de inculcação de um pai que está programando o seu filho (lavagem cerebral) com a própria contribuição da criança ao vilipêndio do genitor rechaçado.”

Há sete anos, foi sancionada a Lei n. 12.318/2010, a qual dispõe sobre a alienação parental. Mas, na prática, o que é alienação parental?

De acordo com a lei, trata-se da “*interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que detenham a criança ou o 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.*”

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

Em seu artigo 2º, § único, a referida lei traz um rol não taxativo de exemplos de atos de alienação parental, que podem ser praticados diretamente ou com auxílio de terceiros⁵⁷.

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;

⁵⁷Lei nº 12.318/2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em 7 de setembro de 2017.

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.

Rosana Barbosa Cipriano Simão⁵⁸, uma das pioneiras no Brasil a trazer soluções judiciais concretas contra a prática de alienação parental, com participação efetiva na elaboração da Lei n. 12.318/2010, ressalta que: “*o genitor alienador lança as suas próprias frustrações no que se refere ao insucesso conjugal no relacionamento entre o genitor alienado e o filho comum*” e o “*seu objetivo é distanciar o filho do outro, exercendo abusivamente o poder parental, consciente ou inconscientemente.*”

Com efeito, a alienação parental é facilmente vislumbrada após o divórcio.

Isto porque, muitas vezes, quando da ruptura conjugal, determinado cônjuge não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, provocando-lhe sentimentos de rejeição, ou raiva pela traição, surgindo, assim, um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização e de descrédito do ex-cônjuge.

Com esses sentimentos negativos oriundos do fracasso conjugal, exsurtem no genitor “mal resolvido” impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal.

Nesse sentido, importante salientar que antigamente os papéis parentais eram bem definidos. O pai era o provedor e a mãe era a cuidadora.

Desse modo, quando ocorria a separação, os filhos tradicionalmente ficavam sob a guarda materna e ao pai cabia o encargo de pagar alimentos e visita-los quinzenalmente, quando muito.

Em decorrência desta sistemática ultrapassada, a alienação parental manifestava-se principalmente no ambiente materno, devido à tradição de que a mulher seria a mais indicada para a exercer a guarda dos filhos, paradigma que, infelizmente, ainda está enraizado no Poder Judiciário, mesmo após a promulgação da Lei da Igualdade Parental (Lei n. 13.058/2014).

⁵⁸ Simão. Rosana Barbosa Cipriano. Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática de alienação parental. In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião. Porto Alegre. Ed. Equilíbrio. 2007. p. 15.

A guarda unilateral, portanto, era o palco perfeito para a mãe ressentida realizar a campanha desqualificatória do ex-parceiro perante os filhos comuns.

Se uma criança cresce ouvindo a sua mãe xingar seu pai, ridicularizar seu pai, denegrir a imagem do seu pai, quase que todos os dias, e tem o contato com o pai somente em finais de semana alternados, é quase que natural que a autoridade, o respeito e o afeto que nutrem pela figura paterna sejam prejudicados diretamente.

E esse discurso de ódio propalado quase que diuturnamente pelo genitor alienador acaba, inevitavelmente, fulminando a manutenção do vínculo paterno-filial.

De acordo com Ana Carolina Madaleno⁵⁹, a alienação parental decorre de um trabalho incessante, silencioso e sutil do alienador, que precisa de tempo para pôr em prática sua estratégia para eliminar os vínculos afetivos do filho com o progenitor alienado.

Tem-se, assim, que a alienação parental decorre exatamente pelo fato da criança não ter o seu tempo de convívio equilibrado entre os genitores. A ausência do duplo referencial propicia que a criança acredite nas histórias industriadas pelo genitor que detém a custódia física.

Nesse sentido, a *joint physical custody* (guarda física compartilhada) trazida pela Lei n. 13.058/2014 dificulta a instauração da alienação parental, eis que aumenta a intensidade da relação jurídica do direito material (parentesco) triangular entre pai-filho-mãe, de modo que a criança não se afligirá com o problema de “lealdade” em face de um dos pais.

De outro lado, cumpre salientar que embora a *joint legal custody* (guarda jurídica compartilhada) pressuponha que os genitores tenham o direito de tomar as decisões em conjunto sobre a criação dos filhos, esta modalidade de guarda compartilhada não impede que a alienação parental seja implantada com facilidade. Daí porque o fato da prole ter a sua residência fixa na casa de um genitor e o contato com o outro genitor restrito a finais de semana alternados e uma quarta-feira por exemplo, ou seja, o trato diário restrito a tão somente um genitor, as chances de se praticar alienação parental continuam quase que as mesmas de crianças inseridas sob o regime da guarda unilateral.

Por isto a importância do Poder Judiciário aplicar, sempre que possível, a guarda física compartilhada no pós-divórcio, pois esta é a modalidade mais segura e eficaz para a prevenção da alienação parental. Convivendo em equilíbrio de tempo com os seus pais, a criança terá a

⁵⁹ Madaleno, Ana Carolina Carpes; Madaleno, Rolf. Síndrome da alienação parental. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2014. p. 45.

oportunidade de ser educada por ambos paralelamente, ouvindo e refletindo sobre os ensinamentos repassados por cada um, circunstância que dificulta o trabalho do alienador, vez que permite pai-filho-mãe realizarem uma atividade dialética sobre os assuntos diários.

Em suma, pode-se afirmar que a guarda compartilhada defendida no presente trabalho é o antídoto da alienação parental.

Tanto isto é verdade que a Lei de Alienação Parental, sancionada em 2010, já previa que, caracterizada a alienação parental ou conduta que dificulte a convivência paterno filial, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do alienador, o juiz, além de declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador, pode adotar outras medidas, sendo uma delas, determinar a alteração da guarda unilateral para guarda compartilhada, conforme preceitua o artigo 6º da referida lei⁶⁰:

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

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

⁶⁰ Lei nº 12.318/2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em 7 de setembro de 2017.

De acordo com a psicóloga Glícia Barbosa de Mattos Brazil⁶¹, a guarda compartilhada pode, sim, ser um forte aliado no combate da alienação parental: *“Sua fixação tem caráter pedagógico e ensina aos pais que ambos têm autoridade parental de igual importância. Além disso, no momento em que o estado-juiz estabelece a guarda compartilhada, retira do alienador parcela de poder e de sentimento de propriedade sobre o filho.”*

A promotora de Justiça Míriam Queiróz Lacerda Costa⁶² também considera a guarda compartilhada um excelente instrumento para evitar e combater o problema. Entretanto, ela compreende que o tratamento a ser dado a cada grupo familiar depende de suas próprias características. *“Penso que não há uma receita pronta e acabada. Os recursos disponibilizados no ordenamento jurídico brasileiro, pelas outras disciplinas além do Direito – como a Psicologia e o Serviço Social -, devem ser utilizados de acordo com cada caso concreto e com as especificidades de cada família”.*

O desembargador Ênio Zuliani⁶³ acrescenta que a sociedade quer pais vigilantes e juízes atentos, na busca da eficiente correção processual desses covardes desmandos contra a inocência e impotência de um menor. Devem ser priorizadas decisões judiciais capazes de preservar com rapidez a estabilidade emocional e a formação espiritual de filhos, vítimas inocentes e indefesas da síndrome de alienação parental (SAP).

A guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio do tempo de convívio entre pais e filhos, pode ser, sim, um dos mais importantes instrumentos no combate da alienação parental pois inibe sua prática desde o nascedouro, uma vez que inviabiliza que o genitor mal intencionado tenha tempo suficiente de industriar na psique da criança “estórias” de ódio sobre o outro genitor.

⁶¹ Revista Ibdfam. Crianças Invisíveis. Edição 31. Fevereiro/março 2017. p. 11.

⁶² Revista Ibdfam. Crianças Invisíveis. Edição 31. Fevereiro/março 2017. p. 11.

⁶³ Madaleno, Rolf. Direito de Família. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 470.

CONCLUSÕES

Somos protagonistas das inúmeras mudanças que incidiram e continuam incidindo na trajetória do Direito de Família Pátrio. Dentre estas mudanças, podemos destacar a isonomia entre homens e mulheres, a inserção significativa da mulher no mercado de trabalho, a liberdade de constituir família fundada no casamento ou não, sem qualquer imposição de caráter social/patrimonial/religioso, tão somente a felicidade como *leitmotiv* para a sua formação, a liberdade sexual e livre disposição de seu corpo quanto à procriação, a conquista da igualdade jurídica entre cônjuges e entre filhos, independente da origem, e, por fim, a possibilidade de ambos os ex-cônjuges conviverem e participarem ativamente da vida dos filhos de forma equânime após dissolvida a sociedade conjugal.

Ou seja, novos valores, princípios, quebras de paradigmas estão entre as tantas conquistas e rupturas da família contemporânea, que busca a felicidade de seus membros.

A moderna visão de guarda trazida pela Lei 13.058/2014 demonstra um avanço na concepção dos institutos do Direito de Família, que impõem mais deveres aos pais do que poderes em relação aos filhos. A sistemática proporcionada pela nova guarda compartilhada traduz a possibilidade dos filhos de pais divorciados serem educados e assistidos por ambos os genitores, garantindo-se a estes o direito conviver em equilíbrio de tempo com os seus filhos, viabilizando a efetiva participação conjunta na rotina da prole, a tomada de decisões pertinentes sobre vida dos filhos e o gerenciamento conjunto dos assuntos sociais, intelectuais, escolares e afetivos das crianças.

Esta modalidade, exige que os genitores se façam igualmente presentes na vida dos filhos, ainda que encerrada a conjugalidade, como oportunidade para a manutenção ou até o fortalecimento dos vínculos afetivos, garantindo aos infantes um duplo referencial, sendo certo e comprovado cientificamente que o contato equilibrado e permanente com ambos os pais asseguram que as crianças cresçam com níveis mais altos de satisfação de vida e bem estar geral, tenham melhores resultados acadêmicos e mantenham relacionamentos psicossociais mais salutareis.

O compartilhamento de tarefas e responsabilidades diuturnas dos filhos entre pai e mãe divorciados é medida necessária e eficaz para não sobrecarregar um genitor em detrimento do outro, principalmente considerando que atualmente ambos estão inseridos no mercado de trabalho. Isto sem contar que o convívio equilibrado proporciona aos filhos uma relação mais

produtiva e de qualidade com cada um dos seus pais, que conseguem administrar melhor o seu tempo para dar mais atenção aos pequenos, que dificilmente ficam relegados aos cuidados de terceiros, prática muito comum quando há uma residência fixa da criança.

Assim, presentes os requisitos para a sua aplicação, mesmo em caso de discordância entre os genitores, a guarda compartilhada com alternância de residências deve ser o modelo primariamente a ser perseguido, tal como já se posicionou a Corte Superior. Os pais precisam estar conscientes de que os problemas oriundos da conjugalidade não podem interferir na parentalidade, pois, em verdade, filhos e pais anseiam e necessitam dos benefícios que só a convivência equilibrada pode trazer.

Contudo, como visto, ainda há muita resistência do Poder Judiciário em aplicar essa nova modalidade de guarda, pela confusão que é feita com a guarda alternada – não prevista no ordenamento jurídico pátrio -, a qual pressupõe que cada um dos genitores, na sua vez, exerce com exclusividade a guarda física e jurídica, alternando-se o poder parental, bem como por desconhecer os enormes benefícios que a guarda física compartilhada pode oferecer para o funcionamento da família e desenvolvimento da criança.

A guarda compartilhada com alternância de residências visando o equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores é o modelo ideal na formação dos filhos pós divórcio, mesmo que demandem dos pais, reestruturações, concessões e adequações diversas, para que, assim, os filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial, o que evita, inclusive, a instauração da temida síndrome da alienação parental.

REFERÊNCIAS

ABBAD, Roosevelt. **Os Desafios da Guarda Compartilhada**. 2015. Disponível em: <http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/176024223/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-i>

<http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/178802594/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-ii>

<http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/180845405/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iii>

<https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/268263565/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-iv>

<https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/295172325/os-desafios-da-guarda-compartilhada-parte-v>. Acesso em 19 de agosto de 2017.

BRITO, Leila Maria T. **Desdobramentos da Família pós-divórcio: o relato dos filhos**. Anais do congresso Brasileiro de Direito de Família, 5, 2005. São Paulo. IOB Thompson. 2006.

BRITO, Leila Maria T.; GONSALVES, Emmanuela N. **Razões e contra-razões para aplicação da guarda compartilhada**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 886, ano 98. Agosto de 2009.

CALDWELL, John. **Children: New developments**. In. Atkin, Bill. The international survey of family law. Bristol. Jordan Publishing Limited. 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris. 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor. 1989.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2017.

GIUSTO, Eliana. **Guarda de filhos quando os homens também são discriminados**. Revista Brasileira de Direito de Família. N. 3. 1999.

GORNBEIN, Henry S. **Divorce Dmystified**. Momentum Books LLC. 2014.

GRÉCHEZ, Jean. **Le drit dáccéder à ses deux parentes: les “Point Recontre AFCC” en Aquitaine et leurs repercussions inattendues**. Dialogue, n. 15. Paris: Association Française des Centres de Consultation Conjugale. 1º trim. 1992.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KARAN, Maria Lúcia. **A superação da ideologia patriarcal e as relações familiares**. In. Silveira, Paulo (org). Exercício da paternidade. Porto Alegre. Artes Médicas. 1998.

LEWIS, Julia; BLAKESLEE, Sandra. **Filhos do divórcio**. São Paulo. Loyola. 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Compartilhando a guarda no consenso e no litígio**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/29.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil**. 47ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. 5ª Edição. São Paulo. Manole, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Apresentação**. In. Apase. Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre. Ed. Equilíbrio. 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família entre o Público e o Privado**. 1ª Edição. Porto Alegre: IBDFAM, 2012.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **A moderna visão da autoridade parental**. In. Apase. Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre. Ed. Equilíbrio. 2005.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambbers Ramos. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

REVISTA IBDFAM. **Crianças Invisíveis**. Edição 31. Fevereiro/março 2017.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da. **Ensaio sobre a possibilidade jurídica da guarda alternada**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 930, ano 102. Abril de 2013.

SILVA, E.Z.M. **Paternidade Ativa na Separação Conjugal**. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2005.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2002.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática de alienação parental**. In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião. Porto Alegre. Ed. Equilíbrio. 2007.

THÉRY, Irene. **Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?** Paris. 1992.

TORRES, Anália C. **A família. Actas dos V Cursos Internacionais de Verão de Cascais**. Cascais. Câmara Municipal de Cascais. 1999.

VIAUX, Jean-Luc. **Vous me direz chez qui je dois aller? Stratégies d'enfant's dans des contentieux du divorce**. Dialogue, n. 132. Paris. Association Française des Centres de Consultation Conjugale, 1º trim. 1996.

WALLERSTEIN, Judith; KELLY, Joan. **Sobrevivendo à Separação: como pais e filhos lidam com o divórcio**. Porto Alegre. Artmed. 1998.

WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família**. Coordenadores: Coltro, Antônio Carlos Mathias e Delgado, Mário Luiz. São Paulo. Ed. Método. 2009.

ZAMBRANO, Virginia. **Allocating child shared custody to separating or divorcing couples**. Law 54/2006. In: Atkin, Bill. The international survey of Family law. Bristol: Jordan Publishing Limited. 2008.

_____. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em 7 de setembro de 2017.

_____. **Enunciados 604 e 606 da Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/247806230/divulgacao-oficial-dos-enunciados-aprovados-na-vii-jornada-de-direito-civil-em-setembro-de-2015>. Acesso em 3 de setembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1428596/RS**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJE 25/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.591.161 – SE (2015/0048966-7)**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 21/02/2017, DJE 24/02/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.251.000/MG**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20 de agosto de 2017.