

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA - DOCTUM  
CURSO DE DIREITO

WILLIAM DOS SANTOS

**GUARDA COMPARTILHADA**  
**Um meio eficaz de redução a Alienação Parental.**

CARANGOLA  
2016

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA - DOCTUM  
CURSO DE DIREITO

WILLIAM DOS SANTOS

**GUARDA COMPARTILHADA**

**Um meio eficaz de redução a Alienação Parental.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Carangola, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito das famílias.

Orientador: Luciano Viana Nassar

CARANGOLA

2016

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

A monografia intitulada: **GUARDA COMPARTILHADA. Um meio eficaz de redução a Alienação Parental.**

Elaborada pelo Aluno: **William dos Santos**

Foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO**

Carangola \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Orientador

\_\_\_\_\_

Examinador 1

\_\_\_\_\_

Examinador 2

\_\_\_\_\_

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo elaborar um estudo sobre a Guarda Compartilhada diante da legislação Brasileira, se de fato com sua aplicabilidade atenderá os anseios que anela, reduzindo a Alienação Parental. Trata-se de uma pesquisa para analisar se a Guarda Compartilhada é um meio de se inibir a síndrome da alienação parental Visando sempre o melhor interesse do menor, que sempre é o maior prejudicado após a ruptura da relação conjugal dos genitores. Apresenta-se inicialmente uma introdução ao tema, palitando-se em todos os caminhos que levam o leitor a uma convicção de que a guarda Compartilhada de fato reduz a Alienação Parental.

Desse modo o presente trabalho acadêmico vem demonstrar que a guarda compartilhada é um meio hábil, capaz de reduzir a pratica da alienação parental, visando sempre o bem estar do menor, e um convívio com ambos os genitores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda Compartilhada, Alienação Parental, Menor, Genitor.

## **ABSTRACT**

The present work has as objective to elaborate a study on Shared custody before the Brazilian legislation, if in fact with its applicability will meet the anxieties it dreams, reducing the parental alienation. That's a research to analyze if shared custody is a means of inhibiting the parental alienation syndrome, always looking for at the best interest of the child, who is always the greatest one after separation from the parents. An introduction to the subject is presented initially, searching for itself in all the ways that lead the reader to a conviction that shared custody actually reduces parental alienation. In this way the present academic work shows that shared custody is an effective means, capable of reducing the practice of parental alienation, always aiming at the welfare of the minor, and a coexistence with both parents.

**KEY WORDS:** Shared Guard, Parental Alienation, Minor, Parent.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1- DO PODER FAMILIAR</b> .....	<b>8</b>
1.1 O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR .....	10
1.2 EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR .....	12
<b>1.2.1 A extinção do poder familiar</b> .....	<b>12</b>
<b>1.2.2 A suspensão do poder familiar</b> .....	<b>13</b>
<b>2 – DA GUARDA</b> .....	<b>16</b>
2.1 CONCEITO DE GUARDA .....	16
2.2 REQUISITOS PARA FIXAÇÃO DA GUARDA .....	17
2.3 ESPÉCIES DE GUARDA EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO .....	18
<b>2.3.1 Guarda Unilateral ou exclusiva</b> .....	<b>19</b>
<b>2.3.2 Guarda Alternada</b> .....	<b>19</b>
<b>2.3.3 Guarda por nidação ou aninhamento</b> .....	<b>20</b>
<b>2.3.4 Guarda Compartilhada</b> .....	<b>20</b>
2.4 EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA .....	23
2.5 A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA .....	24
<b>3 – DA ALIENAÇÃO PARENTAL</b> .....	<b>25</b>
<b>3.1 CARACTERÍSTICAS E SANÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL</b> .....	<b>25</b>
<b>3.2 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL</b> .....	<b>26</b>
<b>4 – A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE REDUÇÃO DA INCIDÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL</b> .....	<b>28</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>33</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>35</b>
ANEXO 1 .....	35

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar a aplicação da guarda compartilhada como forma de redução da alienação parental. Após o rompimento da relação conjugal entre os cônjuges ou conviventes nasce o problema da guarda, querendo por diversas vezes os cônjuges usar disso para se agredirem, devendo prevalecer nessa situação o princípio do melhor interesse da criança, de modo que o mais vulnerável nessa situação, que são os filhos menores, não seja prejudicado. Diante das disputas geradas a partir da separação de casais quanto à guarda dos filhos, foi criado o instituto da guarda compartilhada que permite que os genitores possam participar ao mesmo tempo nas decisões que deverão ser tomadas na vida do filho menor. A Guarda Compartilhada é obtida como regra no nosso ordenamento jurídico, e deve ser avaliada como a melhor forma de proporcionar ao menor, a frequência de ambos os genitores na sua educação e desenvolvimento, fazendo com que o mesmo possa ter o amor, carinho e afeto que qualquer criança menor necessita, evitando a Alienação Parental e conseqüentemente a Síndrome da Alienação Parental, que acontece quando um dos cônjuges instiga o filho a cultivar o desprezo em relação ao outro cônjuge. No caso da guarda compartilhada, ambos os pais estão mais presentes na vida dos filhos, dificultando a prática da Alienação Parental, já que os genitores podem ver os filhos em dias mais frequentes e contínuos, não ficando escravos das visitas marcadas mais espaçadamente. A ausência dos genitores no período de desenvolvimento da criança, bem como a ocorrência da Alienação Parental, pode ser a causa para a ocorrência de distúrbios psicológicos na vida do menor. A Síndrome da Alienação Parental tem estado cada vez mais em ênfase nas relações familiares, e, portanto, é de grande necessidade compreender o que vem a ser referida síndrome, bem como as suas conseqüências na vida das vítimas.

## 1. O PODER FAMILIAR

O poder familiar se resume nas obrigações que os genitores têm com seus filhos, quando os mesmos ainda são menores e precisam de amparo e cuidados, tais como a educação, alimentação moradia e afeto.

O Pátrio Poder imperou intacto durante muito tempo, e tinha o pai como a base da família, e com uma hierarquia absoluta para com demais familiares, tal instituto foi usado no Brasil no século XX, tendo como modelo o Direito romano. Todavia como não existem campos absolutos dentro do direito o antigo termo Pátrio Poder deixou de ser usado.

Conforme nos ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona:

O Código Civil de 2002, aperfeiçoando a matéria, rompeu com a tradição machista arraigada na dicção anterior, para consagrar a expressão "poder familiar". Claro está, todavia, que nada adiantaria um aprimoramento terminológico desacompanhado da necessária evolução cultural. Por isso, mais importante do que o aperfeiçoamento linguístico, é a real percepção, imposta aos pais e mães deste país, no sentido da importância jurídica, moral e espiritual que a sua autoridade parental ostenta, em face dos seus filhos, enquanto menores. Em conclusão, podemos citar o poder familiar como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face de seus filhos, enquanto menores e incapazes. Note-se, desde já, que essa profunda forma de autoridade familiar somente é exercida enquanto os filhos ainda forem menores e não atingirem a plena capacidade civil. (GAGLIANO, 2012, v.6, p. 678).

Nos dias de atuais, não se tem mais conceito de poder absoluto, exercidos genitores sobre os filhos, como no passado. Atualmente é concebido como um poder voltado para afetividade, buscando o melhor interesse do menor. Com o advento do atual Código Civil, passou-se a utilizar a denominação poder familiar substituindo o termo pátrio poder. Conforme dispõe o artigo 1.630 do referido Código, os filhos estão sujeitos ao poder familiar quando menores, ou seja, enquanto não alcançada a maioridade civil aos dezoito anos.

Determinados doutrinadores ainda discutem a terminologia "poder" agregada pelo dispositivo. Em sentido ainda mais amplo podemos ver o pensamento da professora Maria Berenice Dias ao explicar que:

A expressão "poder familiar" adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* - direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. A conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu

e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar. Como lembra Paulo Lôbo, as vicissitudes por que passou a família repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. (DIAS, 2016, p.783, apud LOBO).

Visando o interesse e o bem estar do menor, o Poder Familiar pode ser interpretado como um dever familiar, partindo da premissa da qual os pais têm a obrigação/dever de cuidar de sua prole e seus bens, garantindo, portanto, proteção e crescimento de seus filhos. Pode-se dizer que não se trata mais de uma hierarquia do pai sobre o filho, mas de uma total entrega do pai para tutelar a vida e os interesses do filho.

Este direito, até então tido como um direito subjetivo é estabelecido em nossos dias, como poder jurídico, ou seja, um poder familiar, mais porém não mais considerado absoluto como antigamente, mais sim exercido pelo pai e pela mãe, exercido pelo Estado, no interesse da manutenção e preservação da família, a qual é de maneira especial protegida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresentada como base da sociedade.

Deste modo, essa delegação deve ser compreendida como uma atribuição que é constituída de muitos direitos, porém, sobretudo deveres. Ao direito concedido ao pai relaciona-se com o dever do filho, reciprocamente. São direitos e deveres que se compõem harmonicamente, estabelecendo uma salutar coerência funcional para a realização de fins que ultrapassam os interesses tão somente individualistas.

O poder familiar é de fato a responsabilidade de ambos os genitores, de prestar aos filhos, enquanto civilmente incapazes, o necessário ao seu sustento, proporcionando-lhes, alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde, em conformidade com os artigos 227 da Constituição Federal e o 22 do ECA. Art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. E também a maior assistência possível que é o afeto e o carinho, mesmo após a separação dos pais, proporcionando as crianças terem a presença ativa de ambos os cônjuges.

O artigo 1630 do Código Civil de 2002 dispõe que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” vale observar que os filhos emancipados não estão abarcados pelo dispositivo em trabalho, independente de nascidos do casamento ou não, desde que reconhecidos, assim como os adotivos. Ou seja, deriva tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas e absolutamente intransferíveis.

Para sustentar a ideia de poder familiar nos aduz Maria Berenice Dias:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245). (DIAS, 2016, p.783).

### 1.1 O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Bem como já se viu no tópico anterior, compete aos pais o poder familiar. No caso de falta de um dos genitores (pais), ou quando se há impedimento, o outro terá exclusivamente o direito de exercê-lo. Na constância do casamento ou da união estável, conforme dispõe o *caput* do art. 1.631 do Código Civil, compete o poder familiar a um dos pais, contexto em que na falta ou impedimento de um deles o outro exercerá com exclusividade. De certo, em outras formas de estrutura familiar, havendo filhos, o poder familiar também se fará presente, na mesma linha de entendimento.

É indispensável a observância do princípio da isonomia, haja vista que não há superioridade. Já elencada no Código Civil de 2002, não há o que se falar em prevalência da vontade do homem em detrimento do cônjuge virago, pouco importando, ainda, o estado civil de quem exercer a autoridade parental.

Nota-se no mesmo dispositivo que havendo qualquer desavença entre os pais quanto ao exercício do poder familiar é facultado a qualquer deles recorrer ao juiz para resolução do conflito, haja vista a regra maior da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O exercício do poder familiar envolve um complexo de deveres, impostos pela lei em benefício da prole, de acordo com o artigo 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Pode-se constatar pelos incisos que são de fácil entendimento, é sustentada a justificativa da existência do poder familiar, que se traduz em uma prerrogativa dos pais, entretanto a sua existência somente se justifica sob o prisma da proteção efetiva da criança ou do adolescente.

Igualmente, no que se refere à interpretação do inciso Artigo acima, pondera Maria Berenice Dias:

Elenca o Código uma série de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores (CC 1.634). Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. A omissão de garantir-lhe a sobrevivência, deixando imotivadamente de pagar os alimentos, configura o delito de abandono material (CP 244). (DIAS, 2016, p.787).

Há de se concordar que a parte final do texto legal, e da forma com que a mesma foi editada altera a lógica do sistema que espera do menor, não um potencial imediato de capacidade laborativa, mas sim as tarefas compatíveis com seu estágio de desenvolvimento, principalmente no contexto de sua educação, de modo que o trabalho o ajude a se desenvolver, com intuito de se tornar responsável e valorizar o que dignifica o homem.

Partindo da mesma ideia Fábio Ulhoua Coelho acresce que:

Quando a lei menciona a exigência de prestação de serviços como direito associado ao poder familiar, ela está se referindo unicamente aos que podem contribuir para a preparação do filho para vida adulta. Isto é, à ajuda que todos os membros da família devem dar para as tarefas cotidianas. Os pais podem exigir dos filhos, por exemplo, que enxuguem a louça do jantar, ponham a mesa, levem o cão ao passeio, reguem o jardim ou outros afazeres semelhantes. Não é, aliás, despropositado que os pais remunerem modicamente tais serviços domésticos, sempre que o objetivo for o de contribuir para a

formação de um adulto ciente de duas responsabilidades (e não o de economizar dinheiro com empregados ou trabalhadores autônomos). (COELHO, 2012.p. 453).

Perante o exposto, atos atentatórios aos limites especificados no texto, configurariam exploração de mão de obra infantil, com consequente aplicação das sanções criminais e civis correspondentes.

## 1.2 EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar, conforme já abordado, foi um instituto criado com a finalidade de proteção dos interesses dos filhos, sendo um dever inalienável, irrenunciável e imprescritível, só se dando sua suspensão ou perda em casos específicos, previstos em Lei. Portanto.

Como aborda Silvio de Salvo Venosa:

O poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menos, o Estado pode interferir nessa relação, que, em síntese, afeta a célula familiar. A Lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente. (VENOSA, 2008, p.300).

A tutela do interesse do menor não tem a intenção de romper as relações entre a prole e genitores, mas seria indevido se a lei desamparasse a criança em face dos pais destituídos do sentimento de cuidado, dever e dignidade que lhes deve ser efetiva.

Destaca-se, assim, a prevenção do interesse dos filhos tutelando contra a síndrome da alienação Parental, que é prejudicial e danosa a formação da criança ou do adolescente.

Estes institutos jurídicos da suspensão e perda do poder familiar possuem, então mais um caráter protecionista do que punitivista. De modo que se busque sempre o melhor para a criança, que é um ser em formação e desenvolvimento.

### 1.2.1 A Extinção do Poder Familiar

O poder familiar, poderá se dar por causas voluntarias a qualquer dos pais. O Código Civil descreve alguns fatos causadores da extinção do poder familiar em seu artigo 1.635:

Extingue-se o poder familiar:  
I - pela morte dos pais ou do filho;  
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;  
III - pela maioridade

IV - pela adoção

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Quando se ocorre o falecimento dos pais, extinguem-se os titulares do direito. Mas caso haja a morte de somente um deles, o poder familiar é obtido pelo cônjuge sobrevivente. A morte de ambos ocasiona a nomeação de um tutor, visando dar continuidade à proteção dos interesses individuais e patrimoniais do órfão.

Conforme aborda Silvio da Salvo Venosa:

A morte de um dos pais não faz cessar o pátrio poder, agora poder familiar, que remanesce a pessoa do genitor sobrevivente. Originalmente na redação do Código Civil de 1916, a mãe perdia o pátrio poder se contraísse novas núpcias, o que foi modificado pela Lei nº 4.121/62. Nesse sentido o art. 1.636 é expresso no sentido de que o pai, ou a mãe. Que contrai novas núpcias ou estabelece união estável não perde os direitos do poder familiar com relação aos filhos havidos na relação anterior, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. (VENOSA, 2008, p.323).

Importante observar que a maioria, trata-se de forma natural de extinção do poder familiar. Já no que se refere à adoção, independente de sua modalidade, ela extingue o poder familiar originário, este poder passa a ser de fato exercido pelo adotante, que será considerado pai.

O Código Civil que em seu artigo 1.638 nos cita mais um caso de destituição do poder familiar:

Perderá por ato judicial o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contra a moral e os bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas do artigo antecedente.

Acrescenta ainda Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A forma com que foi regida a forma do Art.1638, remetendo ao inciso IV do Art. 1637,CC/2002, é uma inovação do vigente código Civil Brasileiro, referindo-se a possibilidade de perda do poder familiar na reiteração de suspensão do poder familiar, caso em que o juiz, no exercício do poder geral de cautela, sem alijar o pai ou a mãe em definitivo da sua autoridade parental. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2014 p.625).

Assim, o juiz pode decidir pela extinção do poder familiar em processo judicial, desde que, exista o contraditório e a ampla defesa, e a destituição nesses casos possuem natureza de sanção civil.

### **1.2.2 A suspensão do Poder Familiar**

A suspensão ocorre por decisão do Juiz, de ofício ou mediante provocação, a requerimento do Ministério Público ou de algum parente, quando

houver abuso ou mau exercício do poder familiar, ou quando o pai ou a mãe forem condenados a pena de prisão superior a dois anos.

É importante Destacar que a Lei não traz de forma específica o que seja abuso ou mesmo o mau exercício do poder familiar, deixando ao livre entendimento do Juiz, que terá o dever de sempre velar pelos interesses do menor.

Para um melhor entendimento nos aduz Maria Berenice Dias:

A suspensão do poder familiar é medida menos grave, tanto que se sujeita a revisão. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la. Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda a prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Por exemplo, em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo com os demais encargos. A suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade (CC 1.637): faltar aos deveres de sustento, guarda e educação ou arruinar os bens dos filhos. Compete aos pais assegurar-lhes (CF 227): vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de não poder submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (DIAS, 2016, p.795).

Quando se usa o termo suspensão, se tem a ideia de algo passageiro, visto que sempre a suspensão terá prazo determinado, cabendo ao juiz definir o tempo de sua duração. A pessoa cujo poder familiar foi suspenso perde todos os direitos em relação aos filhos, inclusive o convívio e administração dos bens.

Maria Berenice Dias explica que:

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo. Visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar. (DIAS, 2016, p.793).

Nota-se, ainda, que a suspensão poderá ser com relação exclusivamente a um filho (no caso de famílias que possuem de dois ou mais), conforme os casos previstos no Código Civil Brasileiro de 2002.

Silvio de Salvo Venosa faz as seguintes ponderações:

A suspensão é também facultativa e pode referir-se unicamente a um determinado filho. A perda (ou destituição), que é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.635, V), como foi dito no item anterior, decorre de faltas graves, que configuram inclusive ilícitos penais e são especificados no mencionado art. 1.638 do Código Civil: aplicação de castigos imoderados aos filhos (crime de maus-tratos), abandono (crimes de abandono material e intelectual), prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (crimes de natureza sexual contra os filhos ou conduta inconveniente, como o uso de entorpecente ou entrega da mãe à prostituição reiteração de faltas ao deveres inerentes ao poder familiar). (VENOSA, 2008, p.315).

Destaca-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 23 dispõe que falta ou carência de recursos materiais, não compõe, por si só, motivo suficiente para a suspensão ou perda do poder familiar, devendo o menor, se não concorrer outro motivo que autorize a decretação da medida, ser incluído em programas oficiais e auxílio.

O Código Civil de 2002, não traça regras procedimentais para a extinção ou suspensão, dessa forma continuará as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. O menor ficará confiado à pessoa idônea (art. 157 ECA) e virtude de sentença que ao final decretar perda ou suspensão do poder familiar. Ressalte-se que tais dados serão registrados à margem do registro de nascimento do menor (art. 163 do ECA).

Com relação ao método que levará a perda ou suspensão do poder familiar o art. 24 do aludido diploma prescreve que a perda ou suspensão serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório. Em face dos desenvolvimentos apresentados novos modelo de guarda manifesta-se no ordenamento jurídico brasileiro, abrindo desse modo novas oportunidades relativas à criação dos filhos. No capítulo seguinte abordaremos as espécies de guarda existentes no nosso ordenamento jurídico.

## 2 DA GUARDA

### 2.1 CONCEITO DE GUARDA

Após realização do estudo a cerca do poder Familiar, é indispensável entrarmos em uma área ainda mais delicada que tem como fonte o Direito Civil. Antes da lei N.13.058 de 22 de Dezembro de 2014, com a ruptura da sociedade conjugal, surgia a escolha de qual guarda deveria ser aplicada aos filhos menores, bem como os filhos maiores inválidos ou incapazes de exercer suas atividades sem ajuda de seu genitor, questão esta que era sem duvida um dos mais sensíveis assuntos de todo o direito de família. Nos tempos atuais em nosso ordenamento jurídico, e com a atualização da referida lei em estudo, a guarda compartilhada passou a ser tida como regra, visando estabelecer a responsabilidade de ambos os genitores zelarem pela vida de seus filhos.

Conforme nos instrui Grisard filho:

Após a ruptura conjugal cria-se a família monoparental e autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visitas, alimentos, fiscalização). Quer isso dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação. (FILHO, 2002, p.48).

Para um melhor entendimento de guarda, ilumina Maria Berenice Dias:

A lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.612), não dá a mínima atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição, nem para tudo que o ECA dita sobre o melhor interesse de crianças e adolescentes. Ao tratar da proteção dos filhos (CC 1.583 a 1.590), sucessivas leis, de forma didática, definem o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e eventual estado de beligerância entre eles (CC 1.584 § 2.º). (DIAS,2016,p.879).

A guarda é própria do poder familiar, dividida pelos genitores enquanto conviventes. Desse modo, quando ocorre a separação dessa família, quem perde a guarda não perde o poder familiar, uma vez que este persistirá incólume, porém. O seu efetivo exercício, que passará a ser do genitor-guardião.

Para Silvio Rodrigues:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida

a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho. (RODRIGUES, 1995, p. 344).

Assim, entende-se que a guarda é a capacidade de zelar e administrar a vida dos filhos, para que os mesmos cresçam conhecendo o que é correto, carregados com valores morais e psicológicos.

## 2.2 REQUISITOS PARA A FIXAÇÃO DA GUARDA

Após o rompimento dos laços conjugais, os genitores em nenhum momento se extingue das obrigações com relação a prole, obrigações estas que não poderão ser renunciadas em momento algum.

Como nos leciona Fabio Ulhoa Coelho:

As relações familiares horizontais e verticais são independentes. Uma não interfere, ou melhor, não pode interferir na outra. Se deixa de existir entre o pai e a mãe a relação de conjugalidade (horizontal), isso em nada afeta o vínculo de ascendência e descendência que liga aos filhos (vertical). O fim da sociedade ou do vínculo conjugal, portanto, não implica nenhuma alteração nos deveres e direitos que os pais têm em relação aos filhos. A lei afirma de modo explícito relativamente ao divórcio (CC, art. 1.579), mas também em outros casos de dissolução da sociedade conjugal assim a viuvez e a invalidação do casamento a regra é igual (COELHO, 2012, p. 502).

Destaca-se ainda que o fato de contrair novas núpcias, ou constituir união estável, também não afasta os pais de responsabilidade para com os filhos, não interferindo nas responsabilidades dos genitores em relação a suas proles.

Ainda, seguindo os pensamentos de Fábio Ulhoa Coelho:

Tampouco o novo casamento do pai ou da mãe pode interferir nos deveres e direitos que têm em relação à filiação. Ademais, quem casa com alguém que tem filho deve recebê-lo e tratá-lo como se fosse seu. E quem tem filhos de casamento anterior, ao contrair novas núpcias, pode exigir do consorte que devote a eles a mesma atenção e cuidados esperados de um pai ou de uma mãe. (COELHO, 2012, p. 519).

Portanto, no curso do processo judicial em que se discute a guarda dos filhos, os fatos anteriormente mencionados podem ser avaliados, sim, em procedimento de divórcio, desde que haja sido cumulado pedido nesse sentido.

É importante destacar que em relação ao divórcio administrativo, não há lugar para esse tipo de discussão, pois, havendo filhos que sejam menores ou incapazes, obrigatório se faz o processo judicial, com a indispensável intervenção por parte do Ministério Público.

Como nos instrui Professor Caio Mário Da Silva Pereira:

Assim, voltando os olhos para os processos judiciais, não é demais lembrar que, em petições de divórcio, a alegação de culpa para efeito de fixação de guarda, de fato somente tem algum sentido se o comportamento atacado interferir na esfera existencial dos filhos, caso contrário, tal alegação não produzirá efeitos quanto à discussão da fixação da guarda dos filhos menores, ou incapazes. (PERREIRA, 2006, p.441).

Percebe-se assim que a conduta de um dos genitores, em fazer o pedido do divórcio não pode ser usado como requisito para a escolha da modalidade de guarda aplicada no caso concreto, pois o mesmo tem o direito em extinguir a relação conjugal observando sempre que o poder familiar não poderá jamais ser excluído.

### 2.3 ESPÉCIES DE GUARDA EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com o conteúdo ilustrado no capítulo anterior, o cenário jurídico no qual fazemos parte está em constante evolução e aperfeiçoamento, principalmente no que se refere à família. Para o instituto da guarda não é diferente, de modo que envolve inteiramente os interesses da criança e do adolescente que sempre são os maiores prejudicados, haja vista, que são seres frágeis e necessita de constituição psicológica, constituição esta que será a base para que no futuro estas crianças sejam pessoas de bem e responsáveis pelo futuro da nossa sociedade.

Com as evoluções e mudanças sociais que vem acontecendo, a legislação vem tentando acompanhá-las de forma eficaz e consciente, se utilizando de diversos dispositivos legais, tais como: a Lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Mulher Casada, o Código dos Menores, na Lei 11.698/08, que alterou os artigos nº 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro de 2002, e Lei 13.058/2014, que é o principal tema a ser explanado no presente trabalho acadêmico, de modo que se destaque sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, para que não venha ocorrer à alienação parental.

O Código Civil dispõe a cerca do tema da seguinte forma:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada 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.

§ 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.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Analisando o dispositivo legal, nota-se que o interesse da prole vem em primeiro lugar, interesse este que será o ponto primordial para a escolha da espécie de guarda, motivo este, que faz da guarda compartilhada ser regra no nosso ordenamento jurídico brasileiro, e não necessariamente obterá privilégios àquele que foi traído ou enganado pelo cônjuge na constância do matrimônio.

### **2.3.1 Guarda Unilateral ou exclusiva**

O artigo 1.583 do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, disserta sobre o conceito de guarda unilateral, aludindo que a mesma é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (preenchendo os requisitos legais). Desse modo, a guarda unilateral não confere aos pais o direito igualitário no âmbito pessoal, familiar e social, haja vista que, o não detentor da guarda fica sendo um mero visitante ao longo da vida dos filhos.

A atribuição da guarda dos filhos menores a mãe, é praticamente regra nessa modalidade de guarda, trazendo como fundamento todo o peso histórico em que o pai deixava sua casa para encontrar comida e buscar o sustento de sua família e a mãe permanecia zelando pelos filhos ainda menores.

Importante ressaltar que embora a regra atualmente no nosso ordenamento jurídico brasileiro seja a guarda compartilhada, a guarda Unilateral ainda é a modalidade mais comum no Brasil, onde o filho passa a morar no domicílio de seu guardião e apenas recebendo visitas por parte do outro genitor que não é detentor da guarda.

### **2.3.2 Guarda Alternada**

Essa modalidade de guarda muitas vezes confundida com o instituto da guarda compartilhada, a guarda alternada, prevê a possibilidade de ambos os genitores deterem a guarda do filho menor, que se dará alternadamente

conforme um período de tempo pré-determinado, que poderá ser mensal, semestral ou anual, desde que, acordada entre os pais e exercida por cada genitor em seu período.

Para que não haja dúvidas entre a guarda alternada e guarda unilateral, a principal diferença é que na modalidade da guarda alternada os pais vão exercer a guarda dos filhos menores de forma totalmente exclusiva por períodos de tempo determinado, seja eles, mensais semanais anuais como dito anteriormente, haja vista que não ocorre o compartilhamento do filho, mais sim cada genitor exercendo seu papel de guardião em períodos distintos.

Grisard filho nos leciona, a cerca dos benefícios e malefícios advindos da guarda alternada:

A vantagem oferecida por este modelo, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.(FILHO,2002,p. 106).

### **2.3.3 Guarda Por Nidação ou aninhamento**

Esse molde de guarda é bastante incomum no nosso ordenamento jurídico Brasileiro. É bastante comum essa modalidade de guarda em países europeus. Como modo de prevenção para que a criança não se torne “mochileira”, ou seja, pega a mochila com seus pertences e vai para casa do pai, e passando alguns dias pega novamente a mochila e vai para a casa da mãe, nesta modalidade de guarda a criança ou adolescente permanece no mesmo domicílio que vivia antes da separação, ou seja, o seu lar original. Desse modo quem irá alternar o domicílio serão os pais, que revezarão sua companhia segundo decisão judicial.

Tal modalidade é incomum, pois desviar-se da realidade de grande parte dos brasileiros que, vivem com orçamentos apertados e não tem as mínimas condições de se adequar a tal instituto.

### **2.3.4 Guarda Compartilhada**

A guarda compartilhada é uma das modalidades mais usadas no nosso ordenamento jurídico, tal modalidade é tão bem vista que a mesma é obtida

como regra. Pois visa o interesse da prole e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Sobre tal assunto nos instrui Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, normalmente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detêm-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos. (GAGLIANO, PAMPLONA; 2012, p.801).

No vigente código civil de 2002, em seu artigo 1.583, esta expressa a modalidade de guarda compartilhada, onde se compreende que a responsabilização de ambos os genitores, ainda que vivam sobre tetos diferentes é a melhor forma para se cumprir o exercício do poder familiar, ou seja, os mesmos dividirão mutuamente os direitos e deveres sobre os filhos menores, tais como carinho, afeto disciplina dentre outros.

Carlos Roberto Gonçalves completa o entendimento ao alegar que:

Trata-se, naturalmente de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não se confunde com a guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando uma relação ativa e permanente entre eles e seus filhos. (GONÇALVES, 2014,p.269).

O artigo 1.584,§2º, do código Civil de 2002, dispõe que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada”.

Conforme nos ensina Pablo Stolze e Pamplona:

Na esmagadora maioria dos casos, quando não se afigura possível à celebração de um acordo, muito dificilmente poderá o juiz “impor” o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos.

Por isso, somente em situações excepcionais, em que o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida.

Mas repetimos: na prática, em poucas situações essa imposição será possível, eis que, em geral, frustrado o acordo, o relacionamento do casal já está profundamente corrido, afigurando-se um contrassenso

o compartilhamento de um direito tão sensível. (GAGLIANO , PAMPLONA, 2012, p.802).

Deste modo, podemos dizer que a guarda compartilhada tem um admirável grau de satisfação, haja vista que essa modalidade de guarda impede o distanciamento da criança para com seus genitores, e por conseguinte os efeitos causados pela alienação parental, que ocorre após o rompimento do vínculo conjugal entre os genitores.

A guarda Compartilhada como se viu nos estudos anteriores, é a melhor modalidade de guarda vigente hoje no nosso ordenamento jurídico. Visando sempre o bem estar do menor, para que o mesmo não venha sofrer a síndrome da Alienação Parental.

Como nos ensina Maria Berenice Dias:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica. (DIAS,2016,p.883).

A guarda compartilhada anteriormente era aplicada sempre que os genitores se separavam de forma amigável, sem ressentimento entre os cônjuges, de modo que estariam aptos para o convívio frequente com o outro genitor, deixando de lado as divergências para visar o bem estar da criança e/ou do adolescente. Mas a recente decisão do STJ determinou que a guarda compartilhada deverá ser decretada mesmo sem o consentimento dos pais, de modo que o principal prejudicado com o rompimento da relação conjugal é a criança que necessita de formação psicológica, e um desenvolvimento saudável.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 expõe um rol de direitos das crianças ao dispor que:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida,

à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

A guarda compartilhada visa sempre o melhor interesse da criança e do adolescente de modo que a criança é um ser em desenvolvimento e necessita de ambos os genitores para sua formação.

Assim, observa-se que a determinação do instituto da guarda compartilhada pelo juiz, já é obtida como regra no nosso ordenamento jurídico Brasileiro, é a forma mais benéfica de garantir aos filhos menores e necessitados, uma formação de caráter, e não chegue ao futuro sofrer transtornos causados pela alienação parental.

#### 2.4 EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA

A aplicação da guarda compartilhada pode apresentar muitos benefícios à criança ou adolescente, de modo que essa modalidade de guarda visa defender as crianças, e possibilitar a ambos os genitores o exercício do poder familiar sobre os filhos.

Os aspectos positivos que giram em volta dessa modalidade de guarda destacam-se os de maiores relevância: Maior responsabilidade dos genitores ao atendimento das necessidades dos filhos; Maior interação do pai e da mãe no desenvolvimento físico e mental das crianças; Menos atrito entre os ex-cônjuges, pois deverão, em conjunto, atender as necessidades dos filhos por um caminho de colaboração mútua.

Perante os estudos alcançados, podemos dizer que a guarda na modalidade compartilhada, é mais saudável que a guarda unilateral, pois a presença dos pais, atuando simultaneamente exercendo suas funções de pais para suprir as necessidades dos filhos menores, gerando, um equilíbrio emocional aos filhos.

Crianças e adolescentes que crescem sem a presença de um dos pais, correm o risco de ter: uma gravidez precoce; abandono de escola; delinquência juvenil; e dependência de drogas entre outros.

Grisard filho nos aduz a cerca dos benefícios da guarda Compartilhada:

Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o

trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais de prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. (FILHO, 2002, p.175).

Silvio Venosa completa os ensinamentos dissertando que:

Compartilhar deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os elos de afeto com maior presença na vida dos menores. Não, há, porém forma de impor a compartilhamento sem a cooperação dos pais. A guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade. Há que preponderar sempre o interesse do filho. (VENOSA, 2013, p.188).

Com aplicação desta modalidade de guarda, os filhos menores podem desfrutar da convivência de ambos os genitores de forma contínua, atendendo seus anseios e dificuldades, dividindo também alegrias e tristezas como em toda família. Assim, nota-se que a guarda compartilhada é extremamente benéfica tanto para os filhos que necessitam de carinho e a presença dos seus genitores, e também para os pais, que poderão ver seus filhos crescer.

## 2.5 A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA

O nosso modelo de guarda compartilhada segue o molde do direito Americano, que também é adotado nos países da Europa. Acontece que em alguns casos no Brasil ou em grande parte deles, não é possível seguir a risca esse modelo, levando em conta que grande parte das pessoas que tem conflitos não possui as mínimas condições pecuniárias de seguir a modalidade em estudo. Há casos em que o juiz determina a guarda compartilhada, mais porém o menor fica na casa de um dos genitores e ajuda na criação do menor na medida do possível. Ressaltando que em casos em que os genitores vivem em situações precárias, pois na maioria dos casos já se pode ter uma melhora psicológica na vida das crianças em que os pais usam de molde à guarda compartilhada.

### 3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

#### 3.1 CARACTERÍSTICAS E SANÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental esta vinculada ao rompimento da relação conjugal, e tem como seu marco inicial a separação do casal, ou seja, quando os genitores passam e se desentender pelos motivos que levaram ao rompimento da relação conjugal, e conseqüentemente venham a discutir a cerca da guarda dos filhos guarda dos filhos melhores, discussões estas que acabam gerando efeitos catastróficos na vida dessas crianças.

O Artigo 2º da Lei 12.318 nos aduz sobre a alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Assim, entende-se que a Alienação Parental é uma pratica de abuso psicológico/emocional que tem o intuito de destruir, desmoralizar a imagem do outro genitor, de modo que a criança passe a reprimir todo o tipo de afeto e carinho para com o outro genitor, que na maioria dos casos é aquele que não possui a guarda dos filhos. Para tal prática na maioria das vezes o cônjuge alienador é instigado por inúmeros sentimentos tais como, a inveja, ciúme, vingança ou possessividade. Nestes Casos o filho é usado até mesmo como meio de chantagem contra o ex-cônjuge ou ex-companheiro, com o intuito de retomar a relação, ou obter vantagem financeira, pois mantendo o genitor

alimentante afastado, este não poderá fiscalizar e opinar como o dinheiro da pensão alimentícia é gasto.

Para melhor entender nos aduz Maria Berenice Dias:

A alienação normalmente é praticada quando existe uma relação de confiança, como um familiar, o cuidador ou pessoa que exerce algum tipo de influência em sua vida. Em todas estas circunstâncias, a atuação maliciosa do agente alienador é facilitada em razão da condição de vulnerabilidade do outro. (DIAS,2016,p.1110).

### **3.2 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

A Síndrome da Alienação Parental e Alienação parental são dois institutos que tem conceitos muito parecidos, mas, no entanto, não se confundem.

A Síndrome da Alienação parental que também conhecida pela sigla SAP, teve suas origens no ano de 1895, quando um psicólogo Americano Richarde Garneder a conceituou dizendo que a mesma era uma “Programação ou lavagem cerebral realizada por um dos genitores no filho menor, para que esse rejeitasse o outro genitor”.

Para melhor entendimento nos aduz Gagliano e Pamplona:

A síndrome da Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta na combinação das instruções de um genitor ( o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2014 p.634) apud Richard A. Gardner.

Gagliano e Pamplona acrescenta ainda sobre o tema em estudo:

A Síndrome da Alienação parental não se confunde, portanto, com a mera Alienação Parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a Alienação Parental é o afastamento do filho de um dos Genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia, a Síndrome da Alienação Parental, por seu turno, diz respeito as sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a Síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a Alienação Parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. (GAGLIANO ; PANPLONA, 2014 p.635) apud Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, Síndrome da Alienação Parental.

De tal modo, fica claro que Alienação parental e a Síndrome da Alienação Parental não se confundem tão-somente se completam. A alienação Parental se concentra na parte física como o afastamento premeditado de um genitor por parte do outro, dificultando o convívio e impedindo as chances de conexão para com o filho, gerando na criança o sentimento de abandono. A Síndrome da Alienação Parental aborda os danos emocionais e psicológicos que a criança vem a sofrer devido a Alienação Parental.

Ressalta-se a importância do cônjuge alienado recorrer ao poder judiciário, para que sejam sanadas as formas de alienação parental, podendo o mesmo requerer o instituto da guarda compartilhada que como podemos ver no capítulo anterior é o melhor caminho para se reduzir/combater a Alienação parental, haja vista que tal modalidade de guarda visa primeiramente o interesse do menor.

#### **4 A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE REDUÇÃO DA INCIDÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Tal instituto de guarda vem em uma crescente ascensão em nosso ordenamento jurídico Brasileiro, pois como já dito anteriormente, a Guarda Compartilhada busca sempre o melhor interesse da Criança e do adolescente, partindo da premissa de que após a ruptura do vínculo conjugal ainda se permanece o poder familiar, ou seja, os genitores após o término da relação conjugal, ainda tem de suprir as necessidades e anseios dos filhos menores simultaneamente com o outro genitor, dificultando a ocorrência da Alienação Parental que na maioria das vezes é praticada pelo genitor que detém a guarda do filho menor.

Sabe-se que a Guarda Compartilhada é obtida como regra em nosso ordenamento jurídico brasileiro, mais porem, existe uma pequena lacuna no texto legal, onde se diz, que “A guarda Compartilhada será decretada sempre que possível“, ou seja, na maioria dos casos onde se decretava a Guarda compartilhada, era quando os genitores se separavam em um consenso. Mas nos casos em que se rompia a relação conjugal, sem acordo (com raiva, ódio, dentre outros) dos cônjuges, o juiz decretava a guarda unilateral.

Uma recente decisão do Superior Tribunal Justiça, publicada no dia 30/08/2016, afirma a importância da Guarda compartilhada para os filhos menores que necessitam de formação psicológica, como também de carinho e afeto de ambos os genitores. A ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, decidiu pela utilização da guarda compartilhada, mesmo que os pais não tenham se separado amigavelmente, pois o que esta em questão é o melhor interesse da Criança e do Adolescente, haja vista que a figura de pai e mãe é imprescindível para que a criança tenha uma referência para se espelhar.

**RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
RECORRENTE : K R K  
ADVOGADO : FABIANO CÉSAR NOGUEIRA E OUTRO(S) -  
SP305020  
RECORRIDO : R S F  
ADVOGADO : MARCELO TRUZZI OTERO E OUTRO(S) -  
SP130600

INTERES. : J F S K (MENOR)

R

**ECURSO ESPECIAL Nº 1.626.495 - SP (2015/0151618-2)**

**EMENTA**

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

- I- Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).
- II- Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.
- III- A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção *–jure tantum–* de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, *salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor* (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).
- IV- Recurso conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.  
Brasília (DF), 15 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
Relatora

É importante salientar que a guarda compartilhada mesmo decretada sem a escolha dos genitores, não tem o poder de resolver os conflitos existentes com os ex-cônjuges ou ex-companheiros, mas é a melhor forma para que os genitores tenham uma convivência compartilhada dos filhos menores, afastando assim a imputação de falsas memórias apresentadas ao filho, já que não haverá tempo para a absolvição da ideia por parte da criança, não ocorrerá o amadurecimento das imputações articuladas pelo cônjuge alienador.

Assim, entende-se que a guarda compartilhada é de fato uma forma de se reduzir a Alienação parental, pois garante aos filhos menores o direito de conviver com ambos os genitores de forma igualitária, sadia e harmônica, visando principalmente os interesses dos mesmos, por ser tratar de seres em desenvolvimento.

Nos dias atuais a sociedade passou a perceber que a guarda compartilhada é o melhor caminho a ser seguido pelos genitores após o fim da relação conjugal, de modo que os pais deixem as diferenças de lado para defender unidos o interesse da prole. Sabe-se que essa modalidade de guarda não vem para sanar as divergências entre os pais, mais é a principal ponte de acesso entre os genitores e os filhos menores, garantindo-lhes carinho afeto e harmonia entre genitores e sua prole.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode se observar o presente trabalho monográfico, teve como objetivo expor de forma mis clara possível, o instituto da Guarda compartilhada, como meio de se reduzir a Alienação Parental, apontando essa modalidade como a melhor opção para se atender o melhor interesse dos filhos menores.

Observou-se, portanto, que mesmo com o fim das relações conjugais o poder familiar nunca terá fim, ou seja, nunca haverá ex-filho ou filha, haja vista que a relação de parentalidade é para sempre, estando em um patamar totalmente distinto da relação de seus genitores. Não podendo os filhos se tornar objeto de disputa, ou instrumento de ferir o outro genitor, por se tratar de um ser em desenvolvimento e necessita da presença de ambos os pais exercendo o poder familiar.

Observou-se também, as modalidades de guarda existentes no Nosso ordenamento jurídico Brasileiro, de modo que se destaque a Guarda compartilhada em sendo o melhor caminho para se reduzir a Alienação Parental, pois tem como objetivo fazer com que ambos os Genitores participem de forma igualitária na criação e desenvolvimento de sua prole.

Podemos Observar no desenvolver do presente trabalho acadêmico que a Guarda compartilhada é sem duvidas a forma mais eficaz de se combater/reduzir a Alienação Parental e conseqüentemente a Síndrome da Alienação Parental, uma vez que a mesma já é obtida como regra no Nosso ordenamento jurídico Brasileiro, pois ela deixa de lado os interesses dos genitores e cuida principalmente dos interesses de prole de modo que os pais se adaptem aos filhos para lhes garantir, o convívio, afeto, carinho e acima de tudo ser exemplo/espelho para seu herdeiro.

Por fim, e a principal tese para a sustentação de que a Guarda Compartilhada é o melhor caminho percorrido pelos Genitores para se reduzir consideravelmente a Alienação Parental. A recente decisão do Superior Tribunal da Justiça, onde se ressaltou que o Instituto da Guarda compartilhada atende de maneira eficaz os direitos e os deveres dos filhos menores, lhes garantindo o convívio igualitário com ambos os pais. Tal modalidade é tão eficaz que na referida decisão acima mencionada, a Ministra Nancy Andrichi, decidiu pela aplicação da guarda compartilhada mesmo nos casos em que os

genitores não possuem um convívio passivo, de modo que os pais venham juntar forças, esquecendo todos os motivos que os levaram ao rompimento da convivência conjugal, e juntar forças para algo muito maior que é a criação de seus filhos. Ante tal decisão pode se dizer que de fato a Guarda compartilhada reduz a Alienação Parental e por seguinte a Síndrome da Alienação Parental.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fabio Ulhoa - **Curso de Direito Civil**, Família, Sucessões, volume 5/5, ed. Rev. E atual - São Paulo: Saraiva, 2012;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. [Livro eletrônico] / Maria Berenice Dias – 4ª. Ed. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2016;

GAGLIANO Pablo Stolze, PANPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6. **Direito de família**: as famílias em perspectiva constitucional – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva 2012;

GAGLIANO Pablo Stolze, PANPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6. **Direito de família**: as famílias em perspectiva constitucional – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2014;

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro** – vl.5 – Direito de família – 11.ed,São Paulo: Saraiva 2014;.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002;

PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de Direito Civil** – vólum V- Direitos de Família – Rio de Janeiro: Forense, 2014;

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família. Atual**. Francisco José chali, v.6,28 ed. São Paulo: Saraiva,2004.

VENOSA, Silvio de Salvo- **Direito Civil, volume 6 – Direitos de Família** – 13º ed. 2013;

BRASIL. Constituição Federal. Vade Mecum saraiva. Ed Saraiva 2016;

BRASIL. Código Civil. Vade Mecum saraiva. Ed Saraiva 2016;

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80757-cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar> (Visitado em 22/09/2016 às 15horas e 30 minutos.);

<https://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos> (Visitado em 22/10/2016 às 14 horas e 28 minutos.).

<https://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010> (Visitado em 25/10/2016 às 15 horas e 27 minutos.).

<http://criancafeliz.org/wp-content/uploads/2016/09/STJ-Guarda-Compartilhada-a-regra.pdf> (Visitado em 28/10/20016 às 23 horas e 50 minutos).

**ANEXOS**

## ANEXO 1

RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.495 - SP (2015/0151618-2)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: K R K

ADVOGADO: FABIANO CÉSAR NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP305020

RECORRIDO: R S F

ADVOGADO: MARCELO TRUZZI OTERO E OUTRO(S) - SP130600

INTERES. : J F S K (MENOR)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

## RELATÓRIO

Recurso de agravo originalmente concluso ao Ministro João Otávio de Noronha em 31 de julho de 2015, redistribuído ao meu gabinete em 29/08/2016.

Decisão determinando a sua reatuação em recurso especial, publicada no dia 30/08/2016. Cuida-se de recurso especial interposto por K R K, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

**Ação:** de Divórcio, precedida de ação cautelar preparatória, com pedidos de fixação de guarda, regime de visitas e partilha do patrimônio, ajuizada por R S F, em face do recorrente. Em contestação, o recorrente, além de discutir questões patrimoniais (relativas à validade do rol elencado pela recorrida), pleiteou o deferimento de guarda compartilhada sobre o filho comum do casal.

**Sentença:** julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos em sede cautelar, e na ação principal, para decretar o divórcio do casal, fixando a guarda do filho menor à mãe-recorrida e regulando o direito de visita do pai ao filho.

**Acórdão:** negou provimento ao duplo recurso, em acórdão assim ementado: GUARDA E VISITAS – Guarda atribuída à mãe com direito de visitas ao pai – Genitor requer a fixação de guarda compartilhada e genitora o suprimento de pernoite às quarta feiras – Guarda compartilhada inadmissível pelo descompasso dos pais – Pernoite favorável à criança – Estudos sociais e psicológicos que demonstram o acerto da decisão proferida – Recursos

desprovidos.

**Recurso especial:** contra esse acórdão, interpõe-se o presente recurso especial, calcado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, onde se aponta a violação do art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que: Tanto a sentença quanto o acórdão ignoraram os elementos dos autos que apontam o recorrente – pai do menor – como pessoa responsável e apta a cuidar do seu filho, em guarda compartilhada, decisão que igualmente afronta o comando legal e dissente de outros julgados que apontam para a imposição da fixação da guarda compartilhada. Às fls. 1151/1157, parecer do MPF, de lavra do Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, pelo provimento do agravo em recurso especial e, no mérito deste, pelo seu provimento.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.495 - SP (2015/0151618-2)**

**RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

RECORRENTE : K R K

ADVOGADO : FABIANO CÉSAR NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP305020

RECORRIDO : R S F

ADVOGADO : MARCELO TRUZZI OTERO E OUTRO(S) - SP130600

INTERES. : J F S K (MENOR)

**VOTO**

Cinge-se a controvérsia em dizer se, à luz da atual redação do art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, é possível ao julgador indeferir pedido de guarda compartilhada, sem a demonstração cabal de que um dos ex-cônjuges, não está apto a exercer o poder familiar.

**I - Lineamentos sobre a doutrina e a jurisprudência do STJ para o tema**

01. No agora já distante ano de 2011, esta Turma inaugurou o, à época, vanguardista posicionamento a favor da guarda compartilhada, como o ideal a ser buscado na criação dos filhos, pós-divórcio.

02. Essa linha jurisprudencial vencia a ideia reinante de que os filhos, de regra, deveriam ficar com a mãe, restringindo-se a participação dos pais a circunstâncias episódicas que, na prática, acabavam por desidratar a legítima e necessária atuação do cônjuge que não detinha a custódia física – normalmente o pai –, fazendo deste um mero coadjuvante na criação dos filhos.

03. O sistema que ainda era vigente na dominante jurisprudência nacional, espelhava, com evidente descompasso histórico, a ultrapassada sociedade patriarcal e os seus padrões, que foram, no entanto, superados por uma nova postura social, albergada pelo texto constitucional de 1988, o qual definiu novos parâmetros para as relações intrafamiliares, como a paternidade responsável; a igualdade entre os gêneros; a preservação, para a criança e, ao adolescente, dos valores imateriais necessários ao seu desenvolvimento sadio (dignidade, convivência familiar e proteção contra a negligência).

04. Mas não foi apenas as alterações sociais que marcaram essa inflexão nas relações familiares, notadamente, na guarda dos filhos pós-divórcio.

05. Paralela a essa evolução do pensamento jurídico, ocorreu também a crescente percepção de qual, efetivamente, é o bem jurídico a ser perseguido na fixação do sistema de guarda: o melhor interesse do menor.

06. Mais do que isso! Estudos e observações cotidianas, de há muito vem confirmando o que já era intuitivamente depreendido: que 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.

07. Nessa linha, afirma Marlise B. Scretas: Na sociedade moderna, a divisão de tarefas dentro de uma família entre seus membros e a especial atenção que os pais dedicam à prole é medida necessária para garantir a funcionalidade e o sucesso da intermediação entre a família e o mundo social. A convivência com ambos os genitores propicia o desenvolvimento potencialmente sadio da criança, possibilitando a esta vivenciar modelos diferenciados com cada um dos adultos que a assistem, enriquecendo suas relações e seu mundo interno. Os conflitos de lealdade entre pais e filhos, que são contumazes em situações de separação, são desta forma mitigados, o sentimento de exclusão do genitor

preterido na guarda unilateral dá lugar ao favorecimento de maior intimidade entre pais e filhos, bem como a possibilidade de um convívio mais centrado na criança e não nas dificuldades do casal.

08. Essa nova visão do que seria o ideal na criação de filhos, em caso de divórcio, começou, mesmo que timidamente, a receber reflexos da legislação e também da jurisprudência, como o que era expresso na original redação do art. 1.584 do vigente Código Civil, que fixava a atribuição da guarda dos filhos, em caso de separação ou divórcio, “(...) a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

09. Esse mesmo artigo, com a alteração trazida pela Lei 11.698/2008, passou a acolher a possibilidade de guarda compartilhada, fato louvado por boa parte da doutrina e, por óbvio, por uma parcela significativa de pais, que até então, apesar de desejarem participar ativamente do cuidado com a prole, apenas com o beneplácito da negligência.

04. Mas não foi apenas às alterações sociais que marcaram essa inflexão nas relações familiares, notadamente, na guarda dos filhos pós-divórcio.

05. Paralela a essa evolução do pensamento jurídico, ocorreu também a crescente percepção de qual, efetivamente, é o bem jurídico a ser perseguido na fixação do sistema de guarda: o melhor interesse do menor.

06. Mais do que isso! Estudos e observações cotidianas, de há muito vem confirmando o que já era intuitivamente apreendido: que 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.

07. Nessa linha, afirma Marlise B. Scretas: Na sociedade moderna, a divisão de tarefas dentro de uma família entre seus membros e a especial atenção que os pais dedicam à prole é medida necessária para garantir a funcionalidade e o sucesso da intermediação entre a família e o mundo social. A convivência com ambos os genitores propicia o desenvolvimento potencialmente sadio da criança, possibilitando a esta vivenciar modelos diferenciados com cada um dos adultos que a assistem, enriquecendo suas relações e seu mundo interno. Os conflitos de lealdade entre pais e filhos, que são contumazes em situações de separação, são desta forma mitigados, o sentimento de exclusão do genitor

preterido na guarda unilateral dá lugar ao favorecimento de maior intimidade entre pais e filhos, bem como a possibilidade de um convívio mais centrado na criança e não nas dificuldades do casal.

08. Essa nova visão do que seria o ideal na criação de filhos, em caso de divórcio, começou, mesmo que timidamente, a receber reflexos da legislação e também da jurisprudência, como o que era expresso na original redação do art. 1.584 do vigente Código Civil, que fixava a atribuição da guarda dos filhos, em caso de separação ou divórcio, “(...) a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

09. Esse mesmo artigo, com a alteração trazida pela Lei 11.698/2008, passou a acolher a possibilidade de guarda compartilhada, fato louvado por boa parte da doutrina e, por óbvio, por uma parcela significativa de pais, que até então, apesar de desejarem participar ativamente do cuidado com a prole, apenas com o beneplácito do: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REQUERIMENTO. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Inviável, em recurso especial, modificar o acórdão recorrido que, apreciando as peculiaridades fáticas da causa e o interesse do menor, concluiu pela improcedência do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame de provas, o que é vedado, nos termos da Súmula nº 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1495479/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 16/11/2015) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).

2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede

quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).

3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 1417868/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 10/06/2016)

14. Desgarrado do debate relativo à necessidade do consenso, de se destacar que esta Turma também apreciou a questão sob o melhor interesse do menor, frente a um obstáculo de ordem prática: a distância geográfica entre os ascendentes.

15. Nesse último sentido, cita-se recente julgado desta Turma (REsp 1605477/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA), que recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.

2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação.

3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes.

4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1605477/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 27/06/2016)

## **II – O pedido de guarda compartilhada sem consenso, e a redação da Lei 13.058/2014**

16. Apesar das variações no posicionamento jurisprudencial desta Casa, a postura inicialmente tomada por esta Turma, no julgamento do Resp 1.251.000 foi posteriormente traduzida em lei (Lei 13.058/2014), que alterou, entre outros, o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

17. Da exposição de motivos dessa alteração legislativa, colhe-se a justificativa apresentada pelo Relator do anteprojeto: Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar aselações de parentesco “marido / esposa” da relação “Pai / Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade. Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o

outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como “arma” contra o ex-cônjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental.

18. De se notar, do trecho pinçado, a preocupação do legislador com a efetividade da fixação da guarda compartilhada, que foi a mesma traduzida por esta Turma no julgamento do *leading case* citado: impedir que um dos ascendentes, normalmente aquele que já detém a guarda, mantenha uma situação de conflito para impedir a consecução do ideal perseguido da guarda compartilhada.

19. No entanto, apesar do evidente objetivo dos legisladores, fixado tão claramente no texto da Lei, como se pode observar da jurisprudência deste próprio STJ, coligida anteriormente, perdura ainda hoje o debate sobre a conveniência/possibilidade de se estatuir a guarda compartilhada na ausência de consenso – entenda-se: quando um dos ascendentes recusa a implantação da fórmula, no período pós-separação.

20. Repito então, ainda sem brandir diretamente o claro texto de lei, o que já venho afirmando desde o primeiro julgamento desta questão: que esse empeco é, de regra, artificialmente criado por um dos ascendentes, normalmente por aquele que detém uma guarda unilateral provisória.

21. E nesse cenário, que infelizmente é o usual, cria-se uma nefanda distorção em nome do superior interesse do menor:

22. Os julgadores, diante de um conflito exacerbado entre os genitores/ascendentes, vislumbram que aquela situação conflitiva, perdurando no tempo e no espaço, poderá gerar uma situação de grave estresse para a criança/adolescente e optam por recorrer à histórica fórmula da guarda unilateral, pois nela a criança/adolescente conseguirá “ter um tranquilo desenvolvimento”

23. Ignora-se, contudo, nesse cenário que, primeiro: o “tranquilo desenvolvido” é, na verdade, um tranquilo desenvolvimento incompleto, social e psicologicamente falando, pois suprime do menor um ativo que é seu por direito: o convívio com ambos os ascendentes.

24. Segundo: que o genitor/ascendente, que se bate contra a guarda compartilhada, salvo nas exceções que serão declinadas adiante, é aquele que, primariamente, vitupera o superior interesse do menor, seu filho.

25. Essa conclusão é impactante, mas a outra não se pode chegar, pois salvo quando houver fundadas razões para se opor a que o antigo cônjuge/companheiro partilhe a guarda da prole comum, o ascendente que intransigentemente nega a seu filho um convívio mais íntimo com o outro ascendente, age dando primazia aos seus interesses, sem considerar a intuitiva e, cientificamente comprovada, necessidade do referencial binário para uma perfeita formação.

26. E assim, em um momento de fragilidade da prole advinda da ruptura conjugal de seus ascendentes, quer lhe acrescer, às naturais agruras de uma separação, a ausência de contato com o outro ascendente e todas as vantagens, para a o desenvolvimento da criança e do adolescente, que daí adviriam.

27. Nessa toada, não subsiste, em um cenário de oposição à guarda compartilhada, frágeis argumentos unilaterais desprovidos de prova cabal, que dariam conta da inépcia (geralmente masculina) no trato da prole.

28. Se um genitor busca a guarda compartilha, despiciendo dizer que ele ama o filho e buscará, nos limites de suas capacidades, proporcionar a essa criança ou adolescente, o melhor que pode dar em termos de cuidado e amor.

29. Se assim o é, por que a continuidade, para quem não busca, prioritariamente, os superiores interesses da prole, da primazia sobre a escolha da guarda unilateral e, obviamente, daquele que deve exercê-la?

30. Respondendo a essas questões, e com o com o objetivo de se superar, definitivamente, esse artificial empeco (falta de consenso), para além de tão somente se pugnar pela primazia da guarda compartilhada, o novel § 2º do art. 1.584, do Código Civil estatuiu que: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho (...) será aplicada a guarda compartilhada”.

31. O texto legal irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, *salvo se*

*um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor* (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

32. Por óbvio, como dita a cautela, essa regra não ignorou as situações da vida real, os problemas e dificuldades decorrentes da implantação da guarda compartilhada, mas apenas afirmou que ela deverá ser implantada.

33. O que se quer dizer com isso, é que os moldes em que o juízo de piso definirá, em caso de conflito insuperável entre os ascendentes, as bases da guarda compartilhada, obedecerá a princípios como o superior interesse do menor; o equilíbrio, sempre que possível, no tempo de convívio entre os pais; o parecer /orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, entre outros.

34. Esses elementos, isolados, ou ponderados em conjunto, definirão, não o tipo de guarda, que de regra deverá ser a compartilhada, mas a fórmula como ela ocorrerá, em uma situação específica.

35. Vale aqui o alerta, de que nessa definição, não devem os julgadores privilegiar o detentor de uma prévia guarda unilateral (provisória ou não) que se bate, sistematicamente, contra a concretização da guarda compartilhada.

36. Ao revés, deve se valer da possibilidade de reduzir as prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda, em verdadeiro processo educativo, até que se amaine a irrazoável oposição, momento em que a relação (guarda compartilhada) poderá novamente ser equilibrada, sempre zelando pelo, e visando o bem-estar do menor.

37. Tampouco a preexistência de um convívio exclusivo ou majoritariamente predominante, entre o menor e apenas um de seus genitores, poderá ser usado como óbice à implantação da guarda compartilhada.

38. Com as cautelas que exigem o superior interesse do menor, que repito, é dado pela presunção *juris tantum* de que seja atendido pela guarda compartilhada, nessas hipóteses, ou em outras mais que se mostrem necessárias, poderá haver progressiva implantação do novo sistema de guarda.

39. É isso que se espera do Estado-Juiz na situação ora posta: o não apaniguar de uma situação evidentemente injusta, caracterizada pela circunstância de um dos ascendentes impedir, com o acirramento dos ânimos,

ou subtração do menor, o lídimo interesse do filho de conviver com o outro genitor/ascendente.

40. Note-se, por fim, que a guarda compartilhada poderá ser enjeitada de plano pelo juiz, quando for infirmada a presunção *juris tantum*, anteriormente fixada.

41. No entanto, o texto legal vincula, em interpretação *contrario sensu* do art. 1.584, § 2º, do CC, o afastamento dessa presunção apenas à hipótese de inaptidão para o exercício da guarda, por parte de um dos ascendentes, pleito que deverá ser pedido e provado previamente, ou mesmo incidentalmente, no curso da ação que pede a implantação da guarda compartilhada.

42. Fora desses estreitos lindes, impõe-se que prevaleça, tanto pela força impositiva do texto legal, quanto pelos evidentes benefícios para a crescente prole de ex-casais, a obrigação da guarda compartilhada.

43. Forte nessas razões DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para cassar o acórdão e determinar o retorno do processo ao juízo de piso para, diante de criteriosa avaliação psicossocial dos litigantes e do menor, estabelecer os termos da guarda compartilhada, calcado no disposto no art. 1.584, § 3º, do Código Civil.