

RESUMO

O ponto de partida desta pesquisa é o objeto da lei 13.058/2014, que traz a modalidade da Guarda Compartilhada Obrigatória para nosso ordenamento, ou seja, a guarda compartilhada passa a partir da aprovação desta lei a ser a regra e não a exceção como antes se observa. Ao invés de priorizar a guarda monoparental como antes se era feito, a partir desta lei, a guarda compartilhada será sempre priorizada como primeira opção.

O que levou à criação desta lei foram recorrentes e repetidas observações feitas pelo legislador e estudos sociais que comprovaram a necessidade de sua obrigatoriedade. Tendo a mesma o propósito de reduzir ou findar os casos em que em decorrência do fim do vínculo matrimonial, constata-se a prática da Alienação Parental, pelo detentor da guarda face ao outro cônjuge e, principalmente, com o intuito de resguardar o melhor interesse do menor.

Assim, como tema auge desta pesquisa temos:

A Guarda Compartilhada Obrigatória e sua ineficácia face aos seus principais objetivos: combater e findar a Alienação Parental e assegurar a aplicação do Princípio do Melhor Interesse do menor.

Palavras-Chave: Princípio do Melhor Interesse do Menor; Guarda Compartilhada; Guarda Compartilhada Obrigatória; Alienação Parental.

INTRODUÇÃO

O que levou à criação desta lei foram recorrentes e repetidas observações feitas pelo legislador e estudos sociais que comprovaram a necessidade de sua obrigatoriedade. Tendo a mesma os propósitos de reduzir ou findar os casos em que em decorrência do fim do vínculo matrimonial constata-se a prática da Alienação Parental, pelo detentor da guarda, face ao outro cônjuge e, principalmente, com o intuito de resguardar o melhor interesse do menor.

Assim, o tema que aqui é proposto e apresentado é a Guarda Compartilhada Obrigatória face aos seus principais objetivos: combater e findar a Alienação Parental e assegurar a aplicação do Princípio do Melhor Interesse do menor.

Diante desta proposição, insurge como problema central da pesquisa o seguinte questionamento: a Guarda Compartilhada Obrigatória põe fim à alienação parental e assegura a efetivação do princípio do melhor interesse do menor?

Não se pode garantir em termos efetivos e práticos que a obrigatoriedade imposta pela lei 13.058/2014 além de ineficaz na resolução das questões que tratam de pôr fim à alienação parental e resguardar o melhor interesse do menor em casos em que o casal não consiga estabelecer prévio acordo em relação à guarda do mesmo.

Contudo, é importante, mesmo aqui se defendendo a ineficácia de tal lei, é válido e fundamental apresentar os aspectos positivos desta lei, até mesmo para que se possa pesar entre pós e contras o porquê o posicionamento aqui defendido vai em desencontro à lei que fez insurgir este estudo.

Sendo a lei 13.058/14 objeto de inúmeros questionamentos para sua aceitação social e prática é importante a compreensão racional que levou à sua criação e aprovação: a redução e combate à alienação parental, muito observada em casos de guarda unilateral ou monoparental e defesa do princípio do melhor interesse do menor. Isso, com a intenção de que a criança ou adolescente

envolvidos no caso, mantenham seu vínculo afetivo com ambos os pais de forma igualitária.

Assim, importante é a compreensão inicial do conceito de Guarda Compartilhada (como todo), pelas palavras da advogada Laura Affonso da Costa Levy, que conceitua a guarda compartilhada como:

O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.

Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo da ruptura conjugal, enquanto mantém os dois pais envolvidos na criação dos filhos, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto. Dessa forma, os filhos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais: portanto, a família segue existindo, alquebradas, mas não destruída.¹

Inserida em nosso ordenamento no ano de 2008, a guarda compartilhada em sua modalidade alternada, como acima conceituada, foi o primeiro passo do legislador no sentido de apontar a necessidade constatada em relação à criança ou adolescente e a continuação da participação cotidiana de ambos os pais em sua vida. Na sequência, observado que pouco influenciou na maioria das decisões a lei que a trouxe (guarda compartilhada alternada), o legislador, viu como saída para sua efetiva aplicabilidade a regra de torná-la obrigatória nos casos de pais que não acordam de forma comum sobre o tema.

A partir de dezembro de 2014, passa a existir e vigorar a modalidade de guarda compartilhada obrigatória através da lei 13.058/13, que surge com intuítos nobres conforme supramencionado.

A alienação parental, como um veneno que contamina aquele que dela é vítima, é, pois, definida pela jurista Maria Berenice Dias que assim a demonstra:

Grande parte das separações produz efeitos traumáticos que vêm acompanhados dos sentimentos de abandono, rejeição e traição. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início

¹ LEVY, LAURA AFFONSO DA COSTA. *O Estudo sobre Guarda Compartilhada*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416> Acessado às 19:43 do dia 01 de maio de 2016.

um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos da agressividade direcionada ao parceiro. A forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam.²

Ainda, nesse sentido, dentro do contexto atual brasileiro, esclarece a autora supra, sobre o modo em que ocorre a alienação parental:

O alienador, em sua maioria a mulher, monitora o tempo e o sentimento da criança, desencadeando verdadeira campanha para desmoralizar o outro. O filho é levado a afastar-se de quem o ama, o que gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo afetivo. Acaba também aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. Identifica-se com o genitor patológico e torna-se órfão do genitor alienado. O alienador, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se os dois unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo cônjuge.³

Outro importante colaborador para o surgimento da lei 13.058/2014 foi o princípio do melhor interesse do menor, desta forma explanado:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2008, p. 80)⁴

De tal modo, bem elucidados os principais motivadores à obrigatoriedade da lei 13.058/2014 é possível identificar o trajeto ao qual seguirá este trabalho, o qual seria o da insurgência de uma lei que poucos resultados se apresentam

² DIAS, MARIA BERENICE. *Alienação Parental e suas Consequências*. Disponível em: <http://www.mariaberence.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_e_suas_consequencias.pdf>- Acessado às 20:06 do dia 01 de maio de 2016.

³ DIAS, MARIA BERENICE. *Op. Cit.*

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

na prática, mas, que em sua teoria e objetividade consegue tentar entrelaçar todos os conceitos aqui tratados.

Apenas mais uma das tantas dicotomias que o Direito faz insurgir ao tentar corrigir uma lacuna criando outra em seu lugar, isto porque ao trazer à guarda compartilhada a obrigatoriedade em sua aplicação, visa pôr fim aos problemas aqui levantados, mas ao mesmo tempo, cria ou aumenta ao legislador a responsabilidade sobre cada decisão, visto que cada caso é um caso e a tão buscada celeridade processual aqui se perde.

Em resumo, ganha-se em termos de avanço no texto legal, bem como em alguns casos favorece centenas de pais que assim desejam, porém, por ser de extrema subjetividade sua aplicação, não se pode falar em garantias ou certezas que porão fim à Alienação Parental, tão pouco que se aplicada à risca a referida lei irá atender ao melhor interesse do menor.

O que nos conduz ao problema aqui levantado, o qual se buscará responder. Provando que sendo a lei da guarda compartilhada obrigatória ou não a grande chave da questão não reside em sua aplicação a todos os casos e sim no melhor tipo de guarda indicada a cada caso.

De que se adianta obrigar um pai que não possui afeto ao filho tê-lo sobre seus cuidados? De que adianta impor-se uma lei de convivência compartilhada à um casal que sequer consegue chegar a uma decisão em comum acordo? Como pode esta lei impedir que nos momentos que este menor estiver sobre a guarda de um de seus responsáveis não sofrerá Alienação Parental? Como o melhor interesse do menor se consagrará se, *e.g.*, um de seus guardiões não assim agir visando este resultado?

Diante de tantos questionamentos, é o que aqui se buscará explicar com o máximo de detalhamento possível. De forma a se provar que o que protegerá o menor envolvido num processo de guarda compartilhada não lhe deixará imune à Alienação Parental, e tão pouco atenderá seu melhor interesse.

Os objetivos aqui buscados, fundidos (geral e específico) pode-se assim defini-los:

1-) Demonstrar que a guarda compartilhada obrigatória pode ser importante instrumento à defesa do Princípio do Melhor Interesse da Criança, bem como ferramenta fundamental ao fim da Síndrome da Alienação Parental, mas não a solução para tais questões;

2-) Ainda de maneira mais específica explicar sobre o instituto da Guarda Compartilhada Obrigatória e sua aplicabilidade (caso à caso), seus benefícios e malefícios ao menor em questão, como este tipo de guarda pode cumprir importante papel à formação da criança, deixando a ela claro que o vínculo que se finda ao terem seus pais separados são o deles, dos adultos e não da relação pai/filho e mãe/filho, através de doutrinas e leis vigentes que tratam do assunto.

3-) Discorrer sobre a Síndrome da Alienação Parental e a forma como tal proceder pode afetar a criança ou adolescente no decorrer de sua vida, utilizando-se de estudo de casos recentes e discussões sociais pertinentes ao tem.

4-) Tratar da importância em se preservar os direitos do menor/criança envolvido no processo de guarda primaziando sempre o respeito ao Princípio Constitucional que lhe resguarda seu melhor interesse, com respaldo nas legislação e jurisprudências que asseguram sua aplicação.

Quanto à metodologia que optei aqui neste estudo (TCC), buscar-se-á o uso da *pesquisa teórico-dogmática* que utilizará dos meios de pesquisa bibliográfica, que possui sua natureza teórica, pautada em artigos, discussões e releituras oriundas de fontes puramente doutrinárias. Os setores do conhecimento que serão utilizados inter e transdisciplinariamente serão assim compostos: o primeiro encontrará base nos ramos científicos da Sociologia e Psicologia em consonância com o próprio Direito. Já os setores transdisciplinares, dentro da própria esfera jurídica, terão em ramos distintos do Direito sua abordagem voltada ao Direito de Civil, Direito Constitucional e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esta pesquisa se dividi em três (03) capítulos. O primeiro deles cujo título é O Instituto da Guarda, trata de tal tema abordando sua origem, motivação, aplicabilidade e seu surgimento na modalidade compartilhada no mundo e no Brasil.

Em seu segundo capítulo intitulado Tipos de Guardas Previstos no Código Civil Brasileiro, versa de forma detalhada dos tipos de guarda previstos em nosso ordenamento civil (guarda unilateral/monoparental, guarda compartilhada alternada e, por fim, a guarda compartilhada obrigatória Lei 13.058/2014).

Finalmente, em seu terceiro capítulo intitulado A Guarda Compartilhada Obrigatória, Suas Finalidades e Contradições, dispõe de sua ineficácia quanto à sua obrigatoriedade (da guarda) como meio de pôr fim à alienação parental e ainda seu escopo de cumprir a defesa do Princípio do Melhor Interesse do Menor, confrontando os fins e meios de suas justificativas e seus aspectos positivos e negativos, do qual resultará a defesa do tema escolhido para este Trabalho adiante explicitado em suas considerações finais.

É o presente Trabalho de Conclusão de curso fruto de questionamento pautado no objeto da lei 13.058/2014, que traz a modalidade da Guarda Compartilhada Obrigatória para nosso ordenamento, ou seja, a guarda compartilhada passa a partir da aprovação desta a lei a ser a regra e não a exceção como antes se observa. Ao invés de priorizar a guarda monoparental como antes se era feito, a partir desta lei, a guarda compartilhada será sempre priorizada como primeira opção.

CAPÍTULO I: O INSTITUTO DA GUARDA

1. ORIGEM, MOTIVAÇÃO E APLICABILIDADE

A palavra guarda em sentido restrito, conforme ainda trazida em alguns dicionários da língua portuguesa, representa vigilância, segurança e proteção. Conceito este, bem incompleto de acordo com o ponto de vista jurídico, uma vez que o instituto da guarda na esfera jurídica é muito mais abrangente e tem seu real propósito muito além desta sucinta conceituação, no Direito Civil, temos Guarda assim definida por 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 filho⁵.

Sobre os direitos dos genitores sobre seu(s) filho(s) supramencionados por Rodrigues, importante elenca-los de acordo com o artigo 1.634, vigente em nosso atual Código Civil:

“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 os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, VI) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”⁶

Ao que se trata de seus deveres temos a esfera Penal, para assegurar que tais deveres sejam cumpridos, veja-se arts 133, 244 e 246 do Código Penal, que criminaliza o abandono físico e intelectual, bem como o não pagamento de pensão alimentícia.

⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de família, p. 344. Editora São Paulo: Saraiva, 1995.

⁶ BRASIL. Código Civil. Art. 1.634 I a VII. *Vade Mecum Saraiva*. Ed. Saraiva, 2012.

Dito isso, resta-nos discorrer sobre a motivação do instituto da guarda, o motivo pelo qual o legislador se viu obrigado a criar leis que tratassem da guarda, analisando aspectos necessários aos decorrentes conflitos constatados ao fim do vínculo entre os genitores do menor (es).

Essa necessidade, de se legislar, legalizar a guarda, surgiu por uma soma de fatores, sendo um dos mais constatados, os inúmeros registros de guarda unilateral deixadas a cargo das mulheres, uma visão histórica, relacionada à evolução de direitos e igualdades entre gêneros, bem como a que hoje a rege que é atender ao que for melhor ao interesse do (s) menor (es). Foi todo um processo evolutivo do legislador sempre buscando suprir as necessidades humanas e cumprir o Princípio da Dignidade Humana, muito bem resguardado em nossa Carta Magna.

E, por fim, em se tratando de sua aplicabilidade, aqui nos interessa, especificamente a forma de guarda compartilhada obrigatória, que vem via legal (lei 13.058/2014) tentar solucionar possíveis conflitos relacionados à guarda e pleiteando de forma ineficaz pôr fim à alienação parental e garantir o cumprimento do melhor interesse do menor, o que não quer dizer que apesar de sua insegurança ou falta de garantias, tratou-se de mais uma lei tentando sanar questões abstratas de forma objetiva. A este respeito tratar-se-á à diante.

CAPÍTULO II: TIPOS DE GUARDA PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

2. GUARDA UNILATERAL/MONOPARENTAL

A guarda unilateral, ocorre quando um dos genitores apenas fica responsável pelo cumprimento de deveres e direitos do menor cuja guarda detém. Antes o legislador ponderava muito aspectos econômicos ou de outras naturezas para sua definição, contudo, conforme restou-se observado pelo mesmo, hoje em dia este tipo de guarda está mais relacionado à questão do afeto, maior capacidade de integrar o menor ao meio familiar, maior capacidade de lhe garantir segurança, saúde, alimentação, uma soma de fatores. Deve-se, de forma fundamental dizer que a guarda unilateral por uma tendência da evolução humana deve, de acordo com o legislador e da própria sociedade, ser tratada como uma exceção e não regra.

Um breve e rico conceito sobre este tipo de guarda é trazido pelo autor Belmiro Pedro Welter, que assim a traz, firmando o que fora dito anteriormente:

(...) a guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.⁷

2.1. GUARDA COMPARTILHADA

Esse tipo de guarda se firmou no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de impulsionar este tipo de guarda no ano de 2008, através da lei 11.698 que modificou artigos do Código Civil vigente visando com isso permitir e ao

⁷ WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009, p. 56.

mesmo tempo “forçar” a ambos os genitores iguais direitos e deveres em relação ao menor (es) com interesses em questão.

Maria Helena Diniz, com base na doutrina francesa, apontamentos indicando a existência de três critérios norteadores, que poderiam auxiliar o juiz na determinação da guarda, caso não fosse possível um acordo entre os cônjuges:

O primeiro deles seria o continuum de afetividade, pois o filho deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo, sempre que isso for possível. O segundo é o continuum social, pois a criança ou adolescente deve permanecer onde se sente melhor, levando-se em conta o ambiente social, as pessoas que o cercam. Por fim, cabe destacar o continuum espacial, eis que deve ser preservado o espaço do filho, o "envoltório espacial de sua segurança", conforme ensina a professora Titular da PUC/SP1. Justamente por esses três critérios é que, geralmente, quem já exercia a guarda unilateral sempre teve maiores chances de mantê-la. Até então a guarda unilateral com regulamentação de visitas era a única opção prevista expressamente em lei.⁸

Valendo aqui frisar que por uma questão talvez histórica ou mesmo machista, a guarda, antes tratada de forma errônea, se direcionava à figura da mãe, cabendo ao pai o papel de arcar com alimentos e outras questões que o afastavam do convívio contínuo com o filho (a). E, também já dito, em tempo, o legislador ao primaziar o interesse do menor envolvido corrigiu esse equívoco com a lei 11.608/2008.

Não obstante ao aqui trazido como conceito deste tipo de guarda, completando sua conceituação, bem se fazem os dizeres da jurista e autora vice-presidente do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), Maria Berenice Dias sobre a guarda compartilhada, assim dispondo sobre a mesma:

... assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 28ª edição, 2010, p. 347-348.

decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).⁹

2.2. GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA (Lei 13.058/2014)

Instituída no ano de 2014 a Lei 13.058/2014, torna a modalidade de guarda compartilhada obrigatória. Tão logo sancionada, a lei que parecia tão ineficaz e redundante se tornou alvo de polêmicas no meio jurídico.

A intenção do legislador ao sancioná-la, claro deixou a todo bom entendedor que o que se esperava com esta lei era dar fim à modalidade unilateral e obrigar em igualdade os genitores quanto a seus deveres e direitos. Na verdade, tal lei reforçou o que a própria lei anterior já trazia, cometendo um equívoco que embora ineficaz sendo a mesma corretamente aplicada, coloca na posição de responsáveis pais que sequer são capazes de decidir sobre a guarda de seus filhos. Ainda pior, traz para vida do menor talvez um ser humano a ela estranho ou mesmo incapacitado de suas responsabilidades como genitor.

Vale-se ressaltar aqui que o que acima dito, serve aos casos onde a lei é aplicada de forma generalizada, desconsiderando o fato de cada caso ser um caso nesta questão de guarda.

Ainda neste contexto, Ana Carolina Mota Guatimosim bem resume o posicionamento aqui defendido neste trabalho:

Outro aspecto bastante criticado da Lei 13.058/2014 é a compulsoriedade trazida pela lei. Segundo o § 2º do art. 1.584, 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. Ora, tendo

⁹[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_603\)1__guarda_compartilhada_uma_no_vidade_bemvinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_603)1__guarda_compartilhada_uma_no_vidade_bemvinda.pdf)

em vista a imposição da norma legal, necessário se questionar até que ponto a obrigatoriedade pode beneficiar ou prejudicar as famílias.¹⁰

Assim se faz o ponto de vista aqui resguardado nesta pesquisa.

¹⁰ GUATIMOSIM, Ana Carolina Mota. *Nuances da nova guarda compartilhada obrigatória* <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16333&revista_caderno=14>. Acesso: em 17 de agosto de 2016 às 19:35 horas.

CAPÍTULO III: A GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA SUAS FINALIDADES E CONTRADIÇÕES

3. OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMO FIM À ALIENAÇÃO PARENTAL

Pois bem, chega-se aqui o ponto ápice desta pesquisa, a soma dos conceitos tratados nos capítulos anteriores e aqui reunidos e contrapostos de forma a elucidar as contradições existentes em nosso ordenamento que confundem e fazem da Guarda Compartilhada tema de constantes questionamentos.

Por razões lógicas e emocionais é correto afirmar e aqui deixar provado que que não é a forma de Guarda em sua versão compartilhada e obrigatória que irá pôr fim à Alienação Parental.

Pela lógica não se há de forma alguma qualquer garantia exata que, ao permitir o judiciário que ambos os pais tenham verdadeira participação no convívio diário e frequente na formação do menor ou menores envolvidos no processo, esteja ele (s) protegido (s) de uma propensa alienação. Aqui há de se frisar o porquê da palavra “propensa”, tal qual a soma de dois e dois são quatro, um casal que se separa e não consegue de forma pacífica ou amigável decidir sobre o futuro dos filhos e sua guarda terá a capacidade de ter um convívio harmonioso após a definição da guarda compartilhada? Se incapazes juntos de tomar tal decisão, deixando-a à cargo do legislador, e seguindo razões lógicas desta situação, é correto e talvez até exato afirmar que após o rompimento do vínculo existente entre aquele casal, o sentimento de mágoa ou desacordo, de uma ou ambas as partes se evidencia diante da conduta de não chegarem a uma decisão conjunta e consensual em relação ao menor (es) envolvido (s). De forma que sem tal garantia, tal menor ou menores, ficam ao permanecer na presença de seu alienador a todo tempo exposto aos ressentimentos por ele (s) guardados pelo ex-cônjuge.

Por razões emocionais, não obstante ao que foi tratado no parágrafo anterior, a observância da Alienação Parental, também se firma como quase certa em razão desta mágoa ou ressentimento

Sobre a Alienação Parental e seus efeitos na guarda a professora Giselle Câmara Groeninga:

Segundo Gardner: 'A Síndrome da Alienação Parental é uma das doenças que emerge quase que exclusivamente no contexto das disputas pela guarda. Nesta doença, um dos genitores (o alienador, o genitor alienante, o genitor PAS indutor) empreende um programa de denegrir o outro genitor (o genitor alienado, a vítima, o genitor denegrido). No entanto, esta não é simplesmente uma questão de 'lavagem cerebral' ou 'programação' na qual a criança contribui com seus próprios elementos na campanha de denegrir. E esta combinação de fatores que justificadamente garantem a designação de PAS [...]. Na PAS, os pólos dos impasses judiciais seriam compostos por um genitor alienador e um genitor alienado. Como apontado no início deste texto, seria fundamental considerar as contribuições do contexto judicial para a instalação de dita síndrome, ou Fenômeno de Alienação Parental, como se defende aqui ser mais apropriado denominar [...]. O genitor alienante seria, em geral, a mãe que costuma deter a guarda, e que a exerceria de forma tirânica. Inegável é a grande influência que a mãe exerce nos filhos pequenos, dada a natural sequência de um vínculo biológico para o psíquico e afetivo. O que se observa é que há mães que utilizam sim de forma abusiva, consciente e inconscientemente, o vínculo de dependência não só física, mas, sobretudo, psíquica que a criança tem para com ela [...]'¹¹

Por todo exposto, não se pode garantir que a obrigatoriedade da lei sobre a guarda compartilhada é capaz de pôr fim a esta alienação, causada por fatores que independem da esfera judicial e chegam aos campos mais profundos da psicologia.

¹¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família e Psicanálise. Ed Imago - 2008, p. 122-123.

3.1 A GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA TENDO COMO ESCOPO O CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Segundo Maria Regina Fay de Azambuja, O princípio do melhor interesse da criança, fundamenta-se “*no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude*”¹²

Ainda, de acordo com a jurista, crianças e adolescentes por ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, estão em processo de formação física, psíquica, intelectual, moral e social. Devendo, portanto, ser o melhor interesse do menor, o princípio que deve embasar qualquer modalidade de guarda, sendo qualquer medida aplicada visando sempre em benefício deste.

Ainda neste sentido, a professora Maria Manoela Rocha ressalta importantes considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança na atribuição da guarda, veja-se:

O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernente à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar à criança. [...] O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes [...] Deste modo, impõe-se ao juiz um poder discricionário. Segundo Guilherme Strenger, o juiz deveria buscar o que fosse mais vantajoso ao modo de vida da criança, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio.

Logo, não se pode olvidar, que sendo a guarda compartilhada obrigatória que será a razão para que se cumpra o resguardo defendido pelo legislador pelo melhor interesse do menor, a lei e a modalidade desta guarda é sim um auxílio para seu cumprimento, mas, daí a afirmar que tornando a guarda compartilhada uma modalidade obrigatória irá se garantir efetivamente a defesa deste princípio,

¹² AZAMBUJA, Maria Regina Fay. LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. “Guarda compartilhada: a justiça pode ajudar os Filhos a ter pai e mãe”. Revista Juris Plenum. Ano VI, nº 31, janeiro de 2010, p. 85. 71 Série Aperfeiçoamento de Magistrados 12t Família do Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

tão bem resguardado em nossa Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se iniciou de um questionamento comum no âmbito cível, tendo como respaldo uma lei totalmente subjetiva e disposta a interpretações errôneas visto que os principais motivos que a fizeram nascer que seria pôr fim à alienação parental e resguardar o melhor interesse do menor (que seria, em poucas palavras, o convívio e afeto frequente de ambos os genitores).

O que se mostrou foi o porquê tal lei não abrangeu seus objetivos, uma vez que cada caso específico é um caso. A citar exemplos cotidianos como aquele pai ou mãe que apesar de gerarem um filho não possuem condições emocionais, financeiras e talvez até físicas de ser responsável por um menor, às vezes, nem por si mesmos são capazes, no sentido popular. Assim, como poderia o legislador, generalizar de tal maneira uma lei obrigando a estas pessoas compartilhar a guarda de um menor? Neste exemplo específico, como isso de alguma forma cumpriria os objetivos pelos quais a lei foi criada?

Há de se dizer que é claro que um processo de definição de guarda não se baseia apenas numa única lei, é claro que diversos magistrados possuem a sensibilidade de analisar todos os aspectos de cada situação. Mas, e aqueles que não possuem esse olhar? E os aplicadores da lei ao pé da letra? A estes é que se frisa o motivo deste trabalho, ao mal ou indevido uso de uma lei que não cumpre ao que veio resguardar.

Através deste trabalho, os institutos da guarda, suas formas admitidas, a dissolução do vínculo conjugal e a própria guarda compartilhada obrigatória foram devidamente esclarecidos e são conceitos em constantes transformações.

Na esfera social essa concepção, de tudo aqui tratado muda com frequência, isso porque é através do convívio em sociedade que, normalmente, ideias contrárias surgem e trazem luz nova à uma mesma perspectiva. Um bom exemplo, no ordenamento civil foi o que aconteceu com o divórcio, que entrou em vigor em dezembro de 1977, e que apenas numa data relativamente recente, foi permitido no Brasil.

Assim também é a guarda compartilhada que representa um imenso avanço na legislação pátria. Antes a guarda era tratada sob o ponto de vista dos pais, com a evolução humano-jurídica o cerne da discussão, ao se atribuir a guarda, passou a ser o menor ou menores envolvidos e o seu melhor interesse. Antes da Lei 11.685/08 a regra era a guarda unilateral, agora, a compartilhada. De tal forma, a vida e direitos do menor passa pela presença de ambos os genitores nas tomadas de decisões cotidianas. Na presença do pai e da mãe o menor tem sua saúde mental e autoestima mais equilibradas. O que corrobora esta última afirmação são os inúmeros relatos de crianças e adolescentes que alteram os seus comportamentos quando passam por uma separação traumática do vínculo antes existente entre de seus pais.

Há casos em que, após a ruptura do elo familiar, um dos genitores se afasta dessa criança se tornando apenas uma espécie de patrocinador, mantenedor de despesas o que futuramente apresenta consequências de diversas naturezas. De tal forma, importante sempre se olhar a questão mantendo o menor ou menores envolvidos como partes alheias a qualquer situação registrada do relacionamento desfeito, não pode o filho (s) ser usado como meio ou objeto de seus desafetos

Quaisquer que sejam os desafetos, devem ser esquecidos, dando lugar à responsabilidade de se criar e se desenvolver a personalidade do menor, da melhor e forma mais sadia possível. Assim, à luz do princípio do melhor interesse do menor e em prevenção a casos de alienação parental, a guarda compartilhada obrigatória *apenas* deve ser aplicada pelos juízes, quando a situação e o caso em questão indicar que o compartilhamento da guarda será o melhor para o menor envolvido. Como anteriormente dito, cada caso é um caso e todos os aspectos de cada caso (sociais, econômicos, emocionais...) para então se decidir, a obrigatoriedade de uma lei nem sempre pode indicar o melhor resultado de determinadas situações tão delicadas como a vida de uma criança e adolescente. Nem sempre juntos, após um rompimento os genitores serão capazes deste discernimento de estabelecer um convívio harmonioso e saudável que resguarde os interesses de seu (s) filho (s), existem caso que o afastamento dos pais, ainda que por um breve momento, pode ser essencial para que

retomem uma relação minimamente respeitosa e cuidadosa, para que ainda que separados consigam colaborar para o bem estar e pleno desenvolvimento de seu (s) filho (s).juntos e não tenham a melhor das relações (fazendo, neste caso, o uso da medição). Nesse contexto que a defesa deste trabalho se finda, de que sim que a responsabilidade civil deve ser de ambos os pais e deve ainda ser solidária.

Assim, não será a obrigatoriedade ou não de uma lei que assegurará que, nos casos em que o casal não se decida pela guarda, irá garantir ao menor ou menores envolvidos à proteção contra a alienação parental ou a defesa de seu melhor interesse.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. “Guarda compartilhada: a justiça pode ajudar os Filhos a ter pai e mãe”. Revista Juris Plenum. Ano VI, nº 31, janeiro de 2010, p. 85. 71 Série Aperfeiçoamento de Magistrados 12ª Família do Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

BRASIL. Código Civil. *Vade Mecum Saraiva*. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL . Lei nº 12.318/ 2010, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a Alienação Parental. 2010.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, texto publicado no Diário Oficial da União em 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990.

BRASIL. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF, texto publicado no Diário Oficial da União em 16.6.2008.

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF, texto publicado no Diário Oficial da União em 23.12.2014 e retificado em 24.12.2014.

DIAS, Maria Berenice. *Guarda Compartilhada*. Revista jurídica Consulex. Brasília, DF: **Consulex**, v.12, n.275, 30 jun 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família e Psicanálise. Ed Imago - 2008, p. 122-123.

LEVY, LAURA AFFONSO DA COSTA. *O Estudo sobre Guarda Compartilhada*. Disponível em:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigoid=6416. Acessado às 19:43 do dia 01 de maio de 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. 4^a. ed. 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*, p. 344. Editora São Paulo: Saraiva, 1995.

WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. In: *Guarda Compartilhada*. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009, p. 56.