

As Controvérsias em Torno da Guarda Compartilhada

Livia Teixeira Leal

Mestranda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Membro do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. Advogada.

RESUMO: A guarda compartilhada constitui, hoje, o modelo que melhor contempla os princípios que regem as relações familiares, sobretudo a igualdade no âmbito das relações conjugais e parentais. No entanto, ainda há uma série de controvérsias e obstáculos que desafiam a sua aplicabilidade na prática. Nesse sentido, o presente estudo busca pontuar as principais divergências que a envolvem, visando a uma compreensão do instituto capaz de traduzir o melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a agregar a mediação como instrumento potencialmente transformador nesse processo.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Guarda compartilhada. Mediação.

ABSTRACT: Joint custody is today the model that best contemplates the principles that guide family relationships, especially equality in the context of conjugal and parental relationships. However, there are still several controversies and obstacles that challenge its applicability in practice. In this sense, the present study seeks to point out the main divergences that involve this topic, seeking to present an understanding of the institute capable of translating the best interest of the child and adolescent, in order to present mediation of conflicts as a potentially transformative instrument in this process.

KEYWORDS: Family. Joint custody. Mediation.

SUMÁRIO: 1. O instituto da guarda no contexto do Direito Civil-Constitucional. 2. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. 2.1. Guarda

compartilhada e a distribuição do tempo de convívio entre os pais - Desafios práticos. 2.2. Guarda compartilhada e o dever de pagar alimentos. 2.3. Guarda compartilhada diante do dissenso entre os pais. 2.4. Guarda compartilhada como forma de prevenir a alienação parental. 3. A mediação como forma de compatibilização. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. O INSTITUTO DA GUARDA NO CONTEXTO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Se, até a Constituição de 1967, a única configuração familiar reconhecida pelo Estado era aquela selada pelo matrimônio, a Constituição Federal de 1988, refletindo a realidade plural que se apresenta na nova modernidade, admite a formação de um “mosaico de formas de relacionamentos complexos, multiformes, multifacetados”,¹ trazendo como bases a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

O modelo familiar mais comum no Ocidente correspondeu, durante muito tempo, ao da “família nuclear”, composta por pai, mãe e filhos, apoiando-se na ideia de família procriativa, fundada no fato biológico, a princípio, incontestável.

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a família patriarcal foi aos poucos se esfacelando, passando a esposa a também contribuir financeiramente com as despesas do lar e o marido a auxiliar nas tarefas domésticas, o que representou um verdadeiro rearranjo das funções conjugais e parentais.

Neste sentido, aponta Silvio de Salvo Venosa que, a partir do momento em que o centro de produção deixa de ser a família, para ter como foco a perspectiva do consumo, passando o homem e a mulher a realizar atividades fora do convívio familiar e os filhos sendo educados para integrar um ambiente de trabalho competitivo, fora da autoridade parental, ambos os pais “passam a ter papel semelhante na educação dos filhos, desaparecendo a autoridade exclusivamente marital”. A família passa, então, a “gravitar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca e mútua compreensão”.²

Assim, a visão restritiva de família foi sendo alterada com o tempo, passando essa a adquirir um caráter não mais apenas patrimonial ou biológico, mas, sobretudo, uma feição existencial, baseada na solidariedade, na dignidade humana e no afeto.

1 CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 27.

2 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 247.

Essa mudança de paradigma reflete-se tanto no âmbito das relações conjugais, sendo estabelecida a igualdade entre homens e mulheres na ordem jurídica e, conseqüentemente, entre marido e mulher na ordem familiar, quanto nas relações parentais, sendo reconhecida a igualdade entre os filhos, com a superação da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.³

Conferindo às entidades familiares especial proteção do Estado, o Constituinte, no art. 226 da Carta Magna, contempla tal igualdade, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, estabelecendo o exercício igualitário dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, e prevendo o planejamento familiar como livre decisão do casal.

Na nova ordem constitucional, a família passa a existir em função dos seus membros, e não o contrário, passando a ter a função de permitir, “em uma visão filosófico-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização de seus projetos pessoais de vida”.⁴

Luiz Edson Fachin, na mesma linha capitaneada por Pietro Perlingieri,⁵ ressalta que, com a passagem da predominância da racionalidade do Estado para a priorização das razões da sociedade, ocorre uma releitura dos três principais institutos do Direito privado: a propriedade, a família e o contrato, que passam a ser (re)interpretados a partir da centralidade da Constituição. Há um redirecionamento desses conceitos “de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa”, como efeito da constitucionalização do Direito privado.⁶

Nesse contexto, o “Código Civil perdeu para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada”,⁷ de modo que, hoje, é a partir dos valores e princípios constitucionais que se constrói a unida-

3 “Antes da enunciação constitucional de igualdade, os filhos costumavam ser classificados de acordo com a situação de seus pais. Poderiam ser denominados de naturais quando nascidos de pessoas não casadas, mas que não tinham qualquer impedimento para a realização de tal ato. Poderiam ainda ser adulterinos ou incestuosos, os primeiros oriundos de relacionamentos extraconjugais, portanto, filhos de pessoas impedidas de casar, eis que pelo menos um dos genitores já seria casado, e os segundos, filhos de parentes próximos, também impedidos para o ato do matrimônio.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 189).

4 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62/63.

5 “No plano das relações civilísticas, a matriz personalista e solidarista do projeto constitucional impõe a revisitação dos tradicionais institutos (propriedade, autonomia privada, família, formações sociais) em função do pleno desenvolvimento e da dignidade da pessoa”. (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 162).

6 FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 51.

7 *Ibidem*, p. 62/64.

de do ordenamento jurídico, em questões privadas, que devem se pautar, sobretudo, no princípio da dignidade humana, considerado fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro na esteira do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Maria Celina Bodin de Moraes destaca que “o descompasso existente entre os conceitos essenciais do Direito civil [...] e o contexto, inteiramente diferente, em que tais conceitos permaneciam sendo invocados, gerou uma crise de identidade, ou melhor, uma crise de paradigmas”, que provocou, junto a outros processos, a despatrimonialização e a publicização do direito civil, com a reconstrução do direito privado.⁸

No âmbito do Direito de Família, essa crise não atingiu a família em si, mas sim teve como alvo o “modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder”.⁹

A família passa, portanto, a ter uma função instrumental, qual seja, a de permitir que seus membros se desenvolvam e realizem seus projetos individuais de vida, restando superada a visão da família enquanto instituição, protegida em si mesma. Além disso, o aumento do número de divórcios, como reflexo da crescente autonomia dos indivíduos para realizarem suas próprias escolhas pessoais, provocou uma importante mudança de eixo: a centralidade da família, outrora atribuída ao casamento, passa a ser pautada pela filiação.¹⁰

Além disso, a ótica da dignidade humana impacta também a visão a respeito das crianças e adolescentes, passando a Constituição de 1988 a consagrar a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, em substituição à Doutrina da Situação Irregular que era a base do Código de Menores, de 1979 (Lei n. 6.697/79). Nesse contexto, as crianças e adolescentes são reconhecidos como verdadeiros sujeitos de direito, privilegiando-se as soluções que melhor contemplem e protejam seus interesses.

O princípio do melhor interesse da criança (*best interest of the child*), embora não encontre positividade expressa no ordenamento brasileiro, decorre da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710/9, que prevê, em seu art. 3.1,

8 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 72.

9 MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

10 Ibidem.

que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

O reconhecimento das crianças e dos adolescentes - e, portanto, dos filhos - como sujeitos de direitos gerou impactos, sem sombra de dúvidas, na configuração da filiação, de modo que resta de vez sepultada a visão dos filhos como propriedade do pai.¹¹

Como reflexo da nova visão eudemonista de família, o afeto passa a ser caracterizado como o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesse que se estabelecem nessa seara,¹² passando a constituir, ao lado do critério biológico, importante parâmetro para o reconhecimento de situações jurídicas.

Neste contexto, o poder familiar é, também, ressignificado, na medida em que passa a ser exercido em razão e em prol dos interesses dos filhos, assim como o instituto da guarda, como um dos deveres atinentes ao poder familiar. A palavra guarda tem origem no antigo alemão *Warren*, da qual se formou a palavra francesa *garde*, empregada para exprimir proteção, vigilância.¹³

No Direito brasileiro, o instituto da guarda recebeu regulamentação, inicialmente, pelos arts. 325 a 329 do Código Civil de 1916, apresentando-se como prerrogativa inerente ao então pátrio poder (hoje poder familiar) em seu art. 384, III. Com o advento da Lei n. 6.515 (Lei do Divórcio), em 1977, os referidos dispositivos foram revogados, e a nova lei “cuidou, especialmente, da guarda dos filhos menores em face da separação dos cônjuges”.¹⁴

A regra de fixação da guarda era pautada na ideia de culpa, de modo que ficava com a guarda do filho aquele que não tivesse dado causa à separação, ou seja, aquele considerado “inocente”. Em caso de culpa recíproca, a preferência da guarda era da mãe.¹⁵

11 No direito romano, “um menino permanecia sob a autoridade paterna e só se tornava inteiramente romano, ‘pai de família’, após a morte do pai; ainda mais: este era seu juiz natural e podia condená-lo à morte por sentença privada”. (ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. História da vida privada. Vol. I: Do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 38).

12 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. V. 6: Famílias**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 71.

13 PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 393.

14 *Ibidem*, p. 393.

15 Lei n. 6.515/77, Art. 10: “Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5ª, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges e da proteção integral da criança, sob o manto da dignidade da pessoa humana, a guarda passa a estar vinculada muito mais aos vínculos de afeto entre o infante e o guardião.

No Código Civil de 2002, a guarda foi tratada no Capítulo XI, intitulado “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, tendo sido também prevista pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

Na visão de José Fernando Simão, a guarda representaria um conceito unitário, não havendo que se falar em espécies de guarda. No entanto, o próprio autor reconhece que a guarda prevista pelo Código Civil e aquela regulada pelo ECA possuem causas distintas e efeitos próprios.¹⁶ Além disso, a maior parte da doutrina vem apresentando duas formas pelas quais a guarda pode ser compreendida no ordenamento jurídico: como modalidade de colocação em família substituta e como dever decorrente do exercício do poder familiar.¹⁷

Considerada como forma de colocação em família substituta, a guarda se destina a regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente, sendo medida provisória, que será determinada se for descumprido o dever de guarda, decorrente do exercício do poder familiar dos pais. É prevista pelo Código Civil, em seu art. 1.584, § 5º, e pelo ECA, em seus arts. 33 a 35.

Ressalta-se que o Código Mello Mattos, de 1927, já previa, em seu art. 49,¹⁸ a entrega de menores a pessoas particulares que não fossem pais ou tutores, como uma espécie de antecipação do exercício do então pátrio poder, tendo o Código de Menores de 1979 também previsto a guarda como

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges”.

O Código Civil de 1916 previa, em seu art. 326, que “Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente”.

16 “O fato de a guarda do Código Civil ter por causa o poder familiar, e a do estatuto a proteção da criança, significa que existem duas guardas? A resposta é negativa, pois o conteúdo da guarda é único: ter o menor em sua companhia, cuidado, convivência”. (SIMÃO, José Fernando. Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro>>. Acesso em: 08 set. 2016).

17 Neste sentido: PEREIRA, op. cit. e FARIAS; ROSENVALD, op. cit.

18 Decreto n. 17.943-A/27, Art. 49: “Quando o menor for entregue por ordem da autoridade judicial a um particular, para que fique sob a sua guarda ou á soldada, não ha necessidade de nomeação de tutor, salvo para os actos da vida civil em que é indispensavel o consentimento do pae ou mãe, e no caso do menor possuir bens: podendo, então, a tutela ser dada á mesma pessoa a que foi confiado o menor ou a outra”.

forma de colocação em lar substituto,¹⁹ obrigando o seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional ao infante.²⁰

Tânia da Silva Pereira aponta formas pelas quais a guarda prevista pelo ECA pode se apresentar: (i) para regularizar a posse de fato (art. 33, § 1º, ECA); (ii) como medida liminar ou incidental nos processos de tutela e adoção (art. 33, § 1º, ECA); (iii) como medida excepcional, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis (art. 33, § 2º, ECA).²¹

Já a guarda como dever decorrente do exercício do poder familiar é prevista pelo Código Civil, nos arts. 1.566, IV; 1.583; 1.584; e 1634, II, e pelo ECA, em seu art. 22.

Rolf Madaleno define a guarda enquanto atributo do poder familiar como a “convivência propriamente dita, constituído de direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho”.²²

Difere-se a guarda do poder familiar, na medida em que, enquanto a guarda consiste “no direito-dever de ter consigo, cuidar, acompanhar, vigiar e orientar no dia-a-dia o filho menor”, o poder familiar traduz “o conjunto de atributos sobre a pessoa e bens do filho, a serem exercidos exclusivamente no interesse deste”, incluindo “o sustento, a educação e a criação, mesmo quando não se tem a guarda”.²³ Ou seja, pode haver poder familiar sem guarda ou vice-versa (nos casos de colocação em família substituta).

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. O art. 1.566, IV, do Código Civil de 2002 prevê a guarda como um dever de ambos os cônjuges, estabelecendo o art. 1634, II, que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que envolve o exercício do dever de guarda.²⁴ Ao prever que o dever de guar-

19 Lei n. 6.697/79, art. 24: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais.

§ 1º Dar-se-á guarda provisória de ofício ou a requerimento do interessado, como medida cautelar, preparatória ou incidente, para regularizar a detenção de fato ou atender a casos urgentes.

§ 2º A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários”.

20 PEREIRA, Tânia da Silva, *op. cit.*, p. 403.

21 *Ibidem*, p. 405.

22 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 454.

23 TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, *op. cit.*, p. 172.

24 Estabelece o art. 1.632 do Código Civil que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. O art. 1.579 determina, também, que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

da compete a ambos os pais, o Código contempla o princípio constitucional da igualdade, refletindo a nova ótica do exercício dos deveres parentais.

Importa notar que a guarda sofreu mudanças significativas nos últimos anos, de modo que os dispositivos do Código Civil atinentes à disciplina do instituto, também buscando adaptar a sistemática da guarda à nova realidade da família, sofreram alterações substanciais em 2008 (Lei n. 11.698/08) e em 2014 (Lei n. 13.058/14).

Na redação original do Código Civil de 2002, estabelecia o art. 1.583 que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos.

Historicamente, a guarda unilateral e a guarda alternada eram os modelos mais utilizados. A guarda geralmente cabia a um só dos genitores, pretendendo-se diminuir os riscos de ambivalência do filho.²⁵ A guarda alternada era o modelo caracterizado por períodos isolados e exclusivos de guarda, que se sucediam entre os pais. Ou seja, enquanto um dos pais estivesse exercendo o dever de guarda, caberia ao outro o direito de visita.²⁶

No entanto, os estudos interdisciplinares começaram a avaliar os prejuízos da alternância da guarda, ressaltando a importância de a criança conviver com ambos os pais. O psicólogo Evandro Luiz Silva destaca que, quando não há essa convivência com os dois genitores, ou quando esse convívio ocorre em intervalos irregulares e espaçados de tempo, geralmente a imagem daquele que não detém a guarda é formada com a interferência de quem a detém, podendo ser influenciada por sentimentos de rancor e pelas desavenças existentes. Além disso, a ausência de um dos pais - a falta psíquica/afetiva provocada por ela - pode trazer consequências psicológicas graves à criança.²⁷

Waldyr Grisard Filho aponta que, historicamente, foi o Estado da Carolina do Norte, nos Estados Unidos, em 1957, que pela primeira vez

25 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 106.

26 Apesar de pouco utilizada, há, ainda, a chamada guarda de nidificação ou aninhamento, modelo no qual o filho permanece em uma única casa, e são os pais que se mudam alternadamente a esta casa. É prevista em alguns países europeus. (GALIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 609)

27 SILVA, Evandro Luiz. **Guarda de filhos: aspectos psicológicos**. In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 20/21. O mesmo autor destaca que “é preciso sublinhar que a percepção psicológica que tem a criança da passagem de tempo é notavelmente diferente da percepção que tem um adulto. (...) A guarda exclusiva, com visitas quinzenais, pode trazer diversos problemas para a criança. Se esta tiver até por volta de cinco anos de idade, quinze dias podem significar a sensação de passagem de tempo de dois meses. Tempo este suficiente para manifestar o medo de abandono e o desapego com quem não tem a guarda”. (Ibidem, p. 27).

legislou sobre a guarda conjunta. No direito francês, a reforma promovida pela Lei 305, de 2002, definiu que a autoridade parental deveria “repousar em uma coparentalidade, consagrando no Código Civil um direito comum centrado no princípio de *l'exercice conjoint de l'autorité parentale*, qualquer que seja o estado dos pais”, inserindo-se no mesmo contexto a legislação italiana.²⁸

No Brasil, já em 2006 a doutrina apontava a importância de se buscar a implementação da guarda compartilhada. Na IV Jornada de Direito Civil do CJF, foi aprovado o Enunciado 335, com a seguinte redação: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

Em 2008, a Lei n. 11.698/08 alterou os arts. 1.583 e 1.584, passando a trazer expressamente a guarda compartilhada, ao lado da guarda unilateral, como modelo de atribuição da guarda.

Conforme definido pela lei, a guarda unilateral é aquela exercida por apenas um dos genitores ou a alguém que o substitua, enquanto a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (art. 1.583, § 1º).²⁹

A Lei n. 11.698/08 estabeleceu que a atribuição da guarda unilateral deveria ser feita ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la, levando-se em conta o afeto, a saúde, segurança e a educação, obrigando o pai ou a mãe que não a detivesse a supervisionar os interesses dos filhos (art. 1.583, §§ 2º e 3º).

O legislador de 2014, por sua vez, trouxe a necessidade de o tempo de convívio com os filhos ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai na guarda compartilhada, considerando-se como cidade base de moradia dos filhos aquela que melhor atender aos seus interesses.

O art. 1.584 originalmente previa a atribuição da guarda ao genitor que tivesse melhores condições para seu exercício, passando a determinar, após a alteração realizada pela Lei n. 11.698/08, que a guarda unilateral ou

28 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do Judiciário.** In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos.* Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 78/80.

29 Observa-se, por fim, que não apenas a guarda como dever decorrente do poder familiar, mas também a guarda como forma de colocação em família substituta pode ser compartilhada. Em 2010, a 4ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 1147138/SP, concedeu a guarda compartilhada de uma criança ao tio e aos avós paternos, considerando o melhor interesse da criança e a existência de uma situação fática já existente. (STJ, 4ª Turma, REsp 1147138/SP, Min. Aldir Passarinho Júnior, Julg.: 11/05/2010, DJe 27/05/2010).

compartilhada poderia ser requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, ou decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Trouxe a lei, ainda, o dever do magistrado de informar, na audiência, aos pais o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, contando com o auxílio da equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada.

Outra alteração substancial diz respeito ao § 4º do art. 1.584 que previa, sob a égide da Lei n. 11.698/08, que “a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, *inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho*”.³⁰

A Lei n. 13.058/14 retirou essa possibilidade de redução do número de horas de convivência, justamente porque o maior prejudicado seria o filho, não sendo compatível com o melhor interesse da criança que o convívio com o pai ou a mãe fosse reduzido em razão do descumprimento de cláusula de guarda.

Além disso, reforçou a necessidade da oitiva de ambas as partes perante o juiz nos casos em que se pretenda uma decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória. Ressalta-se que a oitiva será afastada nos casos em que a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte.

Nota-se que o ordenamento jurídico foi modificado para se adaptar à nova realidade da filiação, que se apresenta, hoje, como um reflexo da igualdade entre os pais, e como um meio para a implementação do melhor interesse da criança, sendo a função parental exercida em razão do interesse dos filhos.

No entanto, alguns desafios ainda são observados na prática. Neste sentido, o presente estudo busca abordar algumas controvérsias que ainda persistem na implementação do instituto da guarda compartilhada.

30 Grifos nossos.

2. AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA GUARDA COMPARTILHADA

Apesar das mudanças legislativas, muitas controvérsias ainda existem em torno da guarda compartilhada. A definição de seu conteúdo e a forma de seu exercício ainda constituem verdadeiros desafios para os juristas, sobretudo considerando que a realidade fática pode, muitas vezes, escapar das previsões feitas pelo legislador.

Além disso, não se pode esquecer que a família se encontra em constante processo de mutação, exigindo uma análise que considere as peculiaridades de cada caso concreto, buscando-se sempre o melhor interesse da criança. Não obstante essa individualização necessária, certo é que alguns balizadores são necessários para que se chegue à solução que melhor contemple a preservação dos laços familiares, sendo certo que “a convivência familiar, seja qual for a sua forma, é um referencial significativo na vida de qualquer pessoa”.³¹

2.1. Guarda compartilhada e a distribuição do tempo de convívio entre os pais - desafios práticos

Uma das controvérsias que se destacam em relação à determinação da guarda compartilhada é a distribuição do tempo de convívio entre os pais.

Inicialmente, é preciso observar que a guarda compartilhada não significa livre visitação. Dessa forma, a guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência,³² que será o meio balizador para delinear o convívio do filho com os pais.

Em relação a esse aspecto, passou o § 3º do art. 1.584 a determinar, com as alterações da Lei n. 13.058/14, que, “para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”, buscando a divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Prevê o Enunciado 603 da VII Jornada de Direito Civil que a distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada não deve “representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais”.

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva, op. cit., p. 410.

³² Cf. Enunciado 605 da VII Jornada de Direito Civil - CJF.

No entanto, o que significa, na prática, uma divisão equilibrada do tempo de convívio? Trata-se de uma pergunta para a qual não há respostas definitivas, dependendo da análise da situação fática apresentada, que deve buscar efetivar o melhor interesse da criança e do adolescente.

O que se pretende, em última análise, é que essa divisão do tempo não importe uma guarda alternada na prática.³³ Deve-se, assim, avaliar a possibilidade de cada genitor em se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades de sua vida privada.³⁴

Para Rolf Madaleno, “o exercício do poder familiar não passa pela necessidade de repartição equilibrada do tempo dos filhos entre seus pais, mas pressupõe, sim, níveis de igualdade na repartição das responsabilidades parentais”.³⁵

Deve-se buscar, assim, não uma repartição matemática do tempo, e sim uma divisão que considere as individualidades dos sujeitos envolvidos, de modo a tornar a convivência saudável para todos, sobretudo para a criança ou o adolescente.

2.2. Guarda compartilhada e o dever de pagar alimentos

Outro ponto a ser destacado é que a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.³⁶ Euclides de Oliveira ressalta que os alimentos consistem no “encargo daquele que não detenha a guarda física, para contribuição nas despesas domésticas, estudo, saúde e outras essenciais à criação do filho”. No entanto, a determinação da guarda compartilhada pode gerar uma alteração no valor e na forma de pagamento da pensão.³⁷

Havia um debate na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de o alimentante exigir prestação de contas do alimentando, refusingo os Tribunais essa prática, fosse pela ilegitimidade ativa do alimentante ou pela falta de interesse processual.³⁸

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

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

35 MADALENO, op. cit., p. 470.

36 Cf. Enunciado 607 da VII Jornada de Direito Civil – CJE.

37 OLIVEIRA, Euclides. **Alienação parental e as nuances da parentalidade - Guarda e convivência familiar**. In: *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 332.

38 AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE DESPESAS ALIMEN-

A Lei n. 13.058/14 incluiu o § 5º ao art. 1.583, passando a prever que, para supervisionar os interesses do filho, “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”.

Dessa forma, o legislador trouxe expressamente a possibilidade da ação de prestação de contas em sede de alimentos, dirimindo, ao que parece, a controvérsia existente.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald apontam que “a prestação de contas está vocacionada para compor conflitos em que a pretensão esteja centrada em esclarecer situações decorrentes, no geral, da administração de bens alheios”, o que se molda à situação de gestão pelo genitor-guardião da verba alimentar paga ao filho pelo outro.³⁹

Além disso, a não comprovação de despesas e a má administração dos recursos financeiros do filho podem ocasionar a modificação da guarda, a suspensão ou até mesmo a extinção do poder familiar, sendo a prestação de contas mecanismo que melhor contempla o melhor interesse da criança.⁴⁰

2.3. Guarda compartilhada diante do dissenso entre os pais

Mesmo antes da alteração de 2014, o STJ já vinha decidindo pela determinação da guarda compartilhada mesmo nos casos em que não houvesse consenso entre os pais.⁴¹ Trata-se de questão que apresenta controvérsias até

TÍCIAS. DEMANDA QUE OBJETIVA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR. AÇÃO INADEQUADA AO FIM COLIMADO. 1.- Segundo a jurisprudência desta Corte, o alimentante não detém interesse de agir quanto a pedido de prestação de contas formulado em face da mãe do alimentando, filho de ambos, sendo irrelevante, a esse fim, que a ação tenha sido proposta com base no art. 1.589 do Código Civil, uma vez que esse dispositivo autoriza a possibilidade de o genitor que não detém a guarda do filho fiscalizar a sua manutenção e educação, sem, contudo, permitir a sua ingerência na forma como os alimentos prestados são administrados pela genitora. 2.- Agravo Regimental improvido. (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1378928/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Julg.: 13/08/2013, DJe 06/09/2013).

39 FARIAS; Rosenvald, op. cit., p. 917.

40 Ibidem, p. 919.

41 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança

hoje, em virtude das peculiaridades fáticas que, muitas vezes, inviabilizam o compartilhamento da guarda pelos pais.

O § 2º do art. 1.584 do Código Civil de 2002 passou a determinar, com o advento da Lei n. 11.698/08 que, quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

A expressão sempre que possível parecia indicar que estariam afastados os casos em que não houvesse acordo entre os pais, na medida em que a guarda compartilhada depende da participação e colaboração de ambos os pais em relação aos cuidados com o filho.

A Lei n. 13.058/14 alterou o referido dispositivo, passando a estabelecer que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.⁴² Ou seja, a lei estabeleceu um dever de aplicação da guarda compartilhada, que só será afastada na hipótese de declaração expressa de um dos genitores de que não deseja a guarda.

Assim, a princípio, deve haver a determinação da guarda compartilhada como regra, mesmo nos casos em que haja dissenso entre os pais.⁴³

sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.251.000 / MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 18/08/2011, DJe: 31/08/2011).

42 Grifos nossos.

43 RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14. 2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema. 3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ, 3ª Turma, REsp 1.560.594/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julg.: 23/02/2016, DJe: 01/03/2016).

Neste sentido, a Recomendação do CNJ n. 25, de 22 de agosto de 2016, orienta os Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, quando não houver acordo entre os pais, considerem a guarda compartilhada como regra. Além disso, ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 da Código Civil.

Contudo, esse entendimento não passa incólume a críticas. Rolf Madaleno apresenta uma posição contrária à determinação da guarda compartilhada em caso de dissenso entre os pais. Para o autor, “existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os divorciandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial da guarda compartilhada pela autoridade do julgador, e não pela vontade consciente dos pais”.⁴⁴

Sem dúvida, apesar da alteração legislativa, ainda há muitos obstáculos à implementação da guarda compartilhada na falta de consenso entre os pais. Não se pode negar que há casos em que os conflitos entre os genitores são tão intensos que o compartilhamento da guarda sem um acompanhamento adequado pode representar uma violação maior ao melhor interesse da criança.

A utilização da mediação como forma de conscientizar os genitores sobre a importância do convívio dos filhos com ambos os pais, buscando-se incentivar o diálogo e a composição pacífica dos conflitos, pode ser um caminho para proporcionar efetividade ao modelo. A realização de oficinas de pais⁴⁵ e outros programas que dialoguem com a sociedade civil a respeito da relevância do exercício saudável das funções parentais também parece ser uma alternativa para que o modelo compartilhado da guarda não fique apenas na intenção legislativa ou se restrinja à sentença judicial, sem que repercuta na prática das relações.

Contudo, em casos nos quais o modelo compartilhado seja comprovadamente prejudicial para o filho, deve-se privilegiar o seu melhor interesse, buscando-se alternativas que lhes sejam benéficas, ainda que isso possa significar a adoção de um modelo de guarda diverso.

44 MADALENO, *op. cit.*, p. 474.

45 Neste sentido, importa destacar que o Conselho Nacional de Justiça já vem desenvolvendo Oficinas de Pais e Mães online, a fim de orientar e auxiliar os membros da família após o divórcio. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/course/index.php?categoryid=65>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

2.4. Guarda compartilhada como forma de prevenir a alienação parental

A consagração constitucional da liberdade e da igualdade entre homem e mulher com a Carta de 1988 reafirmou uma tendência que já vinha sendo estabelecida na sociedade brasileira, que, somada com a valorização cada vez mais crescente dos vínculos de afeto, possibilitou o desenvolvimento de uma família unida muito mais pelo desejo e pela solidariedade do que pelos dogmas sociais da “família nuclear”.

Essa mudança de paradigmas proporcionou reflexos significativos na forma com que os indivíduos se relacionam, possibilitando que muitos casais, diante de uma união malsucedida, seguissem suas vidas de forma autônoma, sem que tal decisão fosse interpretada como um fracasso ou como decorrência da culpa de um deles.

No entanto, há, ainda, muitos resquícios das relações de dominação e subjugação que moldaram o relacionamento humano, que fazem com que a aplicação efetiva dos princípios da solidariedade e da liberdade, sobretudo na esfera familiar, seja vista como um fim a ser alcançado, como um processo de transformação social.

A falta de paridade entre os indivíduos pode gerar disfuncionalidades significativas nas relações familiares, afetando a própria comunicação e o convívio entre os membros da família e causando prejuízos para o desenvolvimento dos filhos. Dessa forma, além do mal causado pelo pai ou pela mãe que exerce o poder familiar de forma autoritária e abusiva, uma relação de desigualdade entre os pais pode agravar ainda mais esse desequilíbrio, sobretudo diante de uma ruptura como o divórcio.

Foi justamente a partir da observação da reação das crianças aos casos de separação e divórcio dos pais, nos quais o litígio era fortemente presente, sobretudo em casos de disputa de guarda, que o psiquiatra americano Richard Alan Gardner começou a perceber a existência, em alguns casos, de uma desordem que envolvia uma alienação obsessiva de um dos pais, aliada a um processo de lavagem cerebral, *brainwashing*, conjugada com outros fatores.⁴⁶ Gardner cunhou o termo “Síndrome da Alienação Parental” (SAP) para designar essas situações.

Com efeito, “os pais, numa disputa judicial, muitas vezes imputam condições que desqualifiquem ou fragilizem o outro, demonstrando, as-

46 GARDNER, Richard A. **Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When Psychiatry and the Law Join Forces**. Court Review, Vol. 28, n. 1, 1991. p 14-21. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

sim, que suas qualidades são superiores”, o que acaba por gerar uma crise de lealdade no filho, que acaba se vendo diante da situação de ter que escolher um ou outro.⁴⁷

Gardner aponta que, na programação perpetrada na SAP, há a implantação de informações que destoam do que a criança de fato viveu com o genitor alienado. A SAP envolveria, então, a programação do filho por um dos genitores para que repudie, odeie o outro genitor, aliada à própria contribuição deste filho, que dá suporte à campanha de degradação.⁴⁸ Nos casos em que ocorre a referida síndrome, os ataques ocorrem sem qualquer justificativa, sem que o genitor alienado tenha qualquer comportamento que levasse a tal repúdio.

A SAP configura-se uma forma de abuso emocional, na medida em que tal prática ocasiona não apenas uma alienação continuada de um dos pais, mas também uma perturbação psicológica da criança.⁴⁹ A Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, em seu art. 4º, II, b, elenca a alienação parental como uma forma de violência psicológica contra a criança e o adolescente.⁵⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, a desqualificação da conduta do outro genitor, a omissão de informações importantes acerca da vida do filho, a mudança de domicílio para local distante sem justificativa, e até a apresentação de falsa denúncia contra o genitor não guardião, buscando dificultar o exercício da autoridade parental e o contato do filho com aquele que não detém a guarda, são exemplos clássicos de atos que promovem a alienação parental, sendo destacados pelo art. 2º, parágrafo único da Lei nº 12.318/10.

Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno destacam que as vítimas dessa prática desenvolvem uma linguagem não verbal bem clara, como “ausência de contato visual, manutenção de uma distância excessiva do pai alienado”, de modo que sequer tiram o casaco nas visitas, não havendo espaço para o diálogo, sendo constante uma conversação circular, na qual os filhos “respondem as perguntas com outras perguntas, interrompem o genitor com queixas acerca de seu tom de voz, do calor

47 MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 39.

48 GARDNER, Richard A. **Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?**. The American Journal of Family Therapy, 30(2):93-115, (2002). Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

49 Ibidem.

50 BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ou do frio, desvirtuam e descontextualizam seu diálogo, aproveitando-se literalmente de suas palavras”.⁵¹

Para Kátia Maciel, a alienação parental viola o direito da personalidade ao vínculo de pertencimento do filho a um núcleo familiar, que “possui caráter absoluto, indisponível, imprescritível, inalienável e está relacionado à identidade da pessoa humana”, de modo que o alienador impede que a identidade da criança, definida em função de sua memória familiar, se forme plenamente.⁵²

A Lei nº 12.318/10, conhecida como “Lei de Alienação Parental” foi resultante do Projeto de Lei nº 4.053/08, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, definindo como 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” (art. 2º).

O art. 6 da Lei nº 12.318/2010 prevê as sanções para este tipo de prática, que vão desde advertência, multa, ampliação da convivência em favor do genitor alienado e determinação de acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, até a fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente, culminando com a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão e a suspensão da autoridade parental, com a suspensão do poder familiar, mas não quanto ao direito de alimentar.

Observa-se pelo art. 7º da Lei nº 12.318/10 que a prioridade é a determinação da guarda compartilhada, determinando-se a guarda unilateral nos casos em que aquela seja inviável, quando a guarda será atribuída ao genitor que viabilize a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor.⁵³

No entanto, na visão de Rolf Madaleno, a imposição da guarda compartilhada em casos de dissenso entre os pais (como ocorre nos casos de alienação parental) poderia gerar o “acirramento dos ânimos e para a perpetuação dos conflitos, repercutindo este ambiente hostil de modo negativo,

51 MADALENO; MADALENO, op. cit., p. 43.

52 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **A alienação da identidade familiar: os filhos do anonimato**. In: SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela Vitorino (org.). *A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

53 Lei n. 12.318/10, Art. 7º: “A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada”.

a causar severos danos à saúde psicológica dos filhos, e a comprometer sua estrutura emocional”.⁵⁴

Com efeito, se, por um lado, a criança pode transitar livremente entre os dois lares, ela também estará sendo orientada por duas mentalidades muitas vezes conflitantes, constituindo verdadeiro desafio equalizar essas diferenças sem que haja interferências psicológicas e sociais em seu desenvolvimento, mormente se houver a prática de alienação parental por um dos pais.⁵⁵

Por outro lado, o compartilhamento da guarda, com a conscientização dos pais sobre a importância do convívio do filho com ambos, parece ser uma alternativa eficaz para prevenir a alienação parental. Convivendo com os dois genitores, a criança ou o adolescente pode ter o duplo referencial, tendo a oportunidade de estar próximo deles, dificultando que um dos pais possa iniciar ou desenvolver uma campanha de desqualificação do outro, na medida em que o filho pode perceber mais facilmente as mentiras e criações.

Sob esse aspecto, a mediação também parece ser o caminho para que a guarda compartilhada seja efetiva na prática e atue como um fator de prevenção da ocorrência de alienação parental.

A mediação como forma de compatibilização da legislação com a realidade fática vivenciada pela família será abordada a seguir.

3. A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE COMPATIBILIZAÇÃO

Um dos maiores desafios atinentes à guarda compartilhada refere-se à sua implementação na prática. Neste sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira ressalta que, “não obstante a necessidade do instituto, uma vez aprovado e com carga normativa, o papel dos juristas é tentar conferir-lhe uma finalidade factível”, de modo que os pais possam efetivamente cumprir seus papéis no processo educativo dos filhos.⁵⁶

A judicialização excessiva mostrou, com o passar do tempo, ser prejudicial para as partes, sobretudo no âmbito dos processos de Direito de Família, acabando por agravar o conflito ao invés de solucioná-lo.

54 MADALENO, op. cit., p. 479.

55 SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. **Síndrome de alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada: a necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar.** Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 67-82, jan/jun. 2011.

56 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 113.

Buscando modificar essa realidade, o Novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105,⁵⁷ de 16 de março de 2015, traz um novo procedimento para os processos de Família, partindo da premissa de que é preciso estabelecer um procedimento para as ações de família, que se compatibilize às particularidades deste tipo de litígio e que traga consigo uma necessidade de solução consensual, considerada a natureza especial do direito envolvido. O Capítulo X do novo CPC traz as especificidades do novo procedimento, que são aplicadas aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Nas ações de família, a fase conciliatória sofre uma modificação, passando-se a ter uma fase de mediação familiar. Nessa fase, o que se pretende é a solução efetiva do problema para médio e longo prazo, de modo que o mediador busca transformar o problema subjacente ao litígio, e não somente resolver o litígio.

A mediação pode ser vista como um instrumento de gerenciamento de diferenças que busca conciliar a diversidade com o desejo de coesão e unificação.⁵⁸ No âmbito da família, diante da existência de vínculos cada vez mais plurais e frágeis, a mediação pode ser um meio eficaz para restituir a integridade das relações que passaram por algum processo de ruptura, sobretudo em razão da dissolução do vínculo conjugal.

Ressalta-se que o Poder Judiciário acaba funcionando como um instrumento de fortalecimento de um posicionamento diante de um conflito familiar, de modo que “cada ator envolvido na disputa judicial se coloca como o detentor da verdade, e aquele que vencer o processo será visto como o que possui a verdade dos fatos”. A mediação busca justamente evitar essa retroalimentação dos conflitos subjetivos por meio do processo judicial, estimulando o diálogo e o consenso entre as próprias partes, com o apoio de profissionais capacitados.⁵⁹

Na verdade, muitas vezes, o processo judicial é um meio utilizado para que uma pessoa, diante da dificuldade de lidar com uma ruptura emocional, perpetue a relação com o outro, ainda que com base em conflito e ressentimentos. Esse desejo de continuidade, não obstante o rompimento

57 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato 2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

58 YAZBEK, Vania Curi. **Mediação de conflitos familiares e o vínculo conjugal**. Revista do Advogado, AASP, ano XXXIV, n. 123, ago. 2014. p. 138.

59 WAQUIM, Bruna Barbieri. **Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da alienação parental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 232/233.

vivenciado, é despejado no Poder Judiciário através de processos judiciais intermináveis, com poucas aberturas para o diálogo, nos quais a solução efetiva da situação é a última opção possível.

A inclusão cada vez maior da mediação no âmbito dos tribunais visa, justamente, a desestimular esse tipo de perpetuação do conflito, que acaba sendo encampado, ainda que de forma inconsciente, também pelos profissionais envolvidos. Busca-se uma conscientização de todos os personagens, a fim de que seja superada a clássica visão de ganhador/perdedor do processo, sendo implementada uma verdadeira cultura de paz.

É importante ressaltar que a mediação não substitui a via judicial, mas sim a complementa, buscando conferir eficácia às respostas do Poder Judiciário para as questões que chegam até os tribunais.

De acordo com o art. 694 do novo CPC, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. Há, ainda, a possibilidade de o juiz determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Na ausência de acordo, passam a incidir as normas do procedimento comum, que é aplicado de forma subsidiária.

A audiência de mediação pode se desdobrar em tantas quantas sejam necessárias, buscando-se a efetiva solução do problema, sem prejuízo da concessão de providências de urgência. Um aspecto importante é que o réu receberá o mandado de citação desacompanhado da cópia da petição inicial, nos termos do § 1º do art. 695 do novo CPC, evitando-se que a mediação fique, de algum modo, prejudicada.

A mediação é definida pela Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015,⁶⁰ como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, tendo como princípios a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Ainda que haja processo judicial em curso, as partes podem submeter-se à mediação. Na mediação judicial, havendo acordo, os autos são

60 BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação.⁶¹

Águida Arruda Barbosa destaca que a mediação não se trata de assistência psicológica ou terapia familiar, não sendo, tampouco, uma negociação. A autora aponta a mediação como um método por meio do qual “uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam, eles próprios, com evidente mudança de comportamento, transformar o conflito”, sendo baseada no estímulo à comunicação.⁶²

Há restrições em relação ao uso da mediação em casos que envolvam, juntamente à ocorrência de violência física ou abuso sexual, riscos de graves danos a algum dos envolvidos, sendo necessária a imposição de medidas coercitivas a fim de proteger aquele que se encontra vulnerável. No entanto, “controlada a violência, é possível promover a mediação entre essas pessoas, principalmente por se tratar de uma metodologia capaz de oferecer aos litigantes a oportunidade de compreensão e entendimento do comportamento de cada um, antecedendo e ativando a violência”.⁶³

É preciso ter a consciência de que o juiz soluciona a demanda, mas a solução do conflito em si cabe às partes. A mediação, ainda que não resulte em acordo, “pode levar os sujeitos a prevenir impasses, facilita e restabelece a comunicação familiar e ajuda também na elaboração psíquica da perda, mágoas e traumas”.⁶⁴

Trata-se, portanto, de instrumento que não se resume à busca pela solução do conflito, sendo um espaço de incentivo à comunicação e de estímulo a uma cultura de paz, que pode ser implementado nos diversos setores da sociedade. No âmbito da família, traduz uma nova tendência de promoção do diálogo e da solução consensual do conflito, buscando a conscientização dos membros acerca de seu papel e responsabilidade, através da superação da visão de que há sempre um culpado.

Nesse sentido, a mediação é um instrumento poderosíssimo de composição dos conflitos, que busca viabilizar na prática o exercício conjunto dos deveres parentais por ambos os genitores, na medida em que estes po-

61 Cf. Art. 28, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

62 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36/37.

63 Ibidem, p. 69.

64 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 457.

dem repensar seus papéis parentais após o divórcio e se readequar à nova realidade, conscientes da necessidade de buscar as soluções que privilegiem o bem-estar e o desenvolvimento sadio dos filhos.

Com efeito, vale apontar a crítica feita por Giselle Groeninga e José Fernando Simão de que a promessa de resolver conflitos, e não lides, acaba por ampliar indevidamente uma demanda à qual o Judiciário não pode atender.⁶⁵ No entanto, não se pode perder de vista que a inclusão da mediação no âmbito do Poder Judiciário representa um auxílio necessário para os casos em que o conflito intersubjetivo não se esgota na lide, buscando-se evitar que as partes recorram variadas vezes a processos judiciais intermináveis, que apenas contribuem para o agravamento do conflito, causando sérios prejuízos para os envolvidos, sobretudo para as crianças e adolescentes.

4. CONCLUSÃO

Com a Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da igualdade como importante corolário, as relações familiares também passam a contemplar cada vez mais relações paritárias, seja entre marido e mulher, nas relações conjugais, seja entre pai e mãe, nas relações parentais.

Além disso, com a consagração das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e com a implementação da Doutrina da Proteção Integral, tem-se a releitura de institutos referentes à relação entre pais e filhos, como o poder familiar (antes pátrio poder) e também a guarda, que passam a ser exercidos muito mais em razão e em função da pessoa dos filhos.

Nesse contexto, e a partir dos estudos multidisciplinares que já indicavam a importância da convivência do filho com ambos os genitores e os impactos psicológicos e sociais pela ausência de convívio com um dos pais, buscou-se a implementação da guarda compartilhada no Direito brasileiro, inicialmente por movimentos da doutrina e da jurisprudência, culminando com as alterações legislativas de 2008 (Lei n. 11.698/08) e de 2014 (Lei n. 13.058/14).

Não obstante, a guarda compartilhada ainda é alvo de uma série de controvérsias, a maioria relacionada à sua aplicabilidade prática e aos desafios de sua implementação em famílias marcadas por graves conflitos. Se a existência de dissenso entre os pais, a princípio, parecia inviabilizar a instituição dessa modalidade de guarda, hoje se busca o estabelecimento judicial da guarda

⁶⁵ GROENINGA, Giselle Câmara; SIMÃO, José Fernando. **A judicialização das relações familiares e a psicanálise do Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/judicializacao-relacoes-familiares-psicanalizacao-direito>>. Acesso em: 25 set. 2016.

conjunta, para que os pais se comprometam em colaborar para o desenvolvimento sadio dos filhos, o que nem sempre possui aderência na prática.

Nos casos em que haja a prática de atos de alienação parental por um dos genitores, essa questão se torna ainda mais delicada, de modo que, se alguns doutrinadores apontam para os riscos de se acirrar ainda mais os conflitos e rancores, outros destacam a importância do convívio do filho com ambos os pais como forma de justamente se evitar a alienação parental, na medida em que o filho tem a oportunidade de conviver com ambos, o que dificulta a campanha de desqualificação que caracteriza a alienação.

A distribuição do tempo de convívio entre os pais e o pagamento de alimentos também apresentam suas dificuldades na prática, de modo que se busca evitar que a guarda compartilhada não se torne uma guarda alternada mascarada.

Com efeito, a fixação do regime de convivência deve levar em consideração as possibilidades de cada genitor se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades de sua vida privada, buscando-se níveis de igualdade na repartição das responsabilidades parentais na prática, sendo a análise feita no caso concreto, com base no melhor interesse da criança.

Além disso, é de se notar que a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia, podendo o alimentante acompanhar a utilização dos recursos destinado ao alimentando, a fim de prezar pelo melhor interesse dos filhos. Apesar das críticas de que essa possibilidade de um dos pais exigir uma prestação de contas do outro pode agravar os desentendimentos entre as partes, é importante que haja o acompanhamento da utilização dos recursos destinados à criança, para que estes sejam realmente utilizados em sua criação, evitando-se o desvirtuamento das verbas alimentares.

Observa-se, por fim, que, dentro desse contexto de desafios práticos, a mediação surge como forma de compatibilização, na medida em que estimula o diálogo entre as partes, que, em última análise, são as responsáveis pelo sucesso ou não do compartilhamento da guarda.

A imposição judicial da guarda compartilhada pode, sim, ser culminada de ineficácia prática do modelo, o que, na maioria das vezes, é consequência da ausência de um acompanhamento interdisciplinar adequado ou da utilização do meio judicial como um instrumento de subjugação e derrota do outro.

A mediação busca justamente um auxílio nos conhecimentos interdisciplinares, sobretudo da Psicologia e da Assistência Social, para que a cultura do litígio seja gradativamente substituída pela cultura do diálogo, reforçando a compreensão de cada indivíduo sobre as suas responsabilidades no seio familiar, e sobre a importância de sua colaboração para que o modelo de guarda dê certo e a criança se desenvolva em um ambiente sadio.

Apesar de não solucionar todos os problemas, a implementação da mediação nas ações de família tem o importante papel de conscientizar as partes envolvidas, que, muitas vezes, promovem o conflito de forma inconsciente. Sem dúvida, o sucesso da guarda compartilhada depende, em diversos casos, de uma orientação interdisciplinar, capaz de fazer com que os pais compreendam o verdadeiro significado de compartilhamento do exercício dos deveres parentais. Dar as ferramentas necessárias para que as próprias partes alcancem um equilíbrio no compartilhamento da guarda parece ser o caminho mais eficaz para o sucesso do modelo. ❖

5. REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**. Vol. I: Do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. V. 6: Famílias. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família** - As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARDNER, Richard A. Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families: When Psychiatry and the Law Join Forces. **Court Review**, Vol. 28, n. 1, 1991. p. 14-21. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr01.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. **The American Journal of Family Therapy**, v. 30 n. 2, 2002, p. 93-115. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do Judiciário. In: APASE (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara; SIMÃO, José Fernando. **A judicialização das relações familiares e a psicanalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/judicializacao-relacoes-familiares-psicanalizacao-direito>>. Acesso em: 25 set. 2016.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. “A alienação da identidade familiar: os filhos do anonimato”. In: SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela Vitorino (org.). **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e as nuances da parentalidade - Guarda e convivência familiar. In: **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: APASE (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro>>. Acesso em: 08 set. 2016.

SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. Síndrome de alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada: a necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 67-82, jan/jun. 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da alienação parental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

YAZBEK, Vania Curi. Mediação de conflitos familiares e o vínculo conjugal. **Revista do Advogado. AASP**, São Paulo, v. 34, n. 123, p. 134-138, ago. 2014.