

ASPECTOS RELEVANTES DA GUARDA COMPARTILHADA: APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO FAMILIAR BRASILEIRO

Bianca Alves Ribeiro da Silva
Graduanda em Direito pelo UNIPTAN
e-mail: bialves26@hotmail.com

Thiago Emanuel Andrade Silva
Graduando em Direito pelo UNIPTAN
e-mail: thiagoas@hotmail.com

RESUMO: Este trabalho analisa a aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico familiar brasileiro, a qual gera divisões igualitárias de responsabilidades e de cuidados afetivos, além de prevenir a alienação parental. Está ainda enfrenta objeções quanto aos limites familiares, que mesmo com legislação própria, defronta com índices altos de compartilhamento entre os genitores para com os filhos, uma realidade que bloqueia a harmonia familiar. O presente estudo foi elaborado por pesquisa explicativa de caráter bibliográfico e jurisprudencial. O objetivo central do trabalho é explorar a evolução do Direito de Família e suas contribuições para a sociedade contemporânea, com enfoque na guarda compartilhada e seus preceitos legais. Juntamente, será analisado, o instituto da alienação parental, por doutrinas e julgados contemporâneos, os quais demonstram a eficácia da aplicabilidade da guarda compartilhada para inibir o instituto da alienação parental. Com isso, tem-se que a relevância do trabalho está em apontar as diversas categorias de guarda no ordenamento brasileiro, na sua forma e na sua aplicabilidade, com enfoque na guarda compartilhada, e, em simultâneo, será abordado o instituto da alienação parental. Enfim, sob essa ótica, vale apontar, que a guarda compartilhada deve ser prioridade no ordenamento jurídico familiar brasileiro, visto que os estudos doutrinários e jurisprudências, ora analisados, nos levam a tal perspectiva. Além disso, ressalta-se como a alienação parental gera sentimentos e consequências nas vítimas deste instituto, por tais motivos, deve ser evitada no plano familiar.

Palavras-chave: Direito de família; Guarda compartilhada; Alienação parental.

INTRODUÇÃO

Terminado um relacionamento e, existindo descendentes menores de idade, é importante decidir as questões relacionadas a este. Destaca-se, principalmente, a guarda do menor, com a sua fixação como quesito obrigatório na legislação brasileira. Conforme observa

Maria Berenice Dias (2016, p. 853), atualmente, de modo muito mais adequado, fala-se em convivência familiar.

O fim de um relacionamento não justifica o afastamento de um dos genitores para com os filhos. Posterior ao término, precedem-se os direitos e os deveres parentais inerentes ao poderio familiar. Há um desligamento afetivo entre os pais, porém, ainda coexiste uma relação parental entre estes. Desse modo, fica evidente que a família não se extingue com o fim de uma relação, ela apenas deixa de ser um conjunto familiar tradicional, passando-se a compor um dos possíveis núcleos existentes de família.

Ao ser fixada como regra geral, a guarda compartilhada, desmotivou e diminuiu o índice de alienação parental. Essa perspectiva de escolha partiu dos altos índices de contaminações mentais que os menores sofriam, decorrente de diversos fatores: impedir o exercício da autoridade parental, dificultar o contato do menor com o genitor, evitar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar, dentre outros.

Neste sentido, nos dizeres de Leonice Troioni (2016, s.p.), a guarda compartilhada é uma espécie que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos os genitores detêm a guarda legal; a forma de exercer a guarda em conjunto torna os pais mais presentes, permitindo que participem das atividades diárias dos filhos.

Além da alienação parental ocorrer entre os genitores para com os filhos, a autora, Maria Berenice Dias (2016, p. 883), aborda que o alienador pode ser levado a efeito frente aos avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos. Muitas vezes ocorre quando ainda o casal vive sob o mesmo teto.

Nesse contexto, a relevância do trabalho está em apontar as diversas categorias de guarda no ordenamento brasileiro, na sua forma e na sua aplicabilidade, com enfoque na guarda compartilhada que permite a convivência com ambos os pais, além de criar, manter ou restabelecer o vínculo *in statu quo ante*, ou seja, aquele antes da perda do vínculo familiar ou do desfazimento do núcleo familiar. Em simultâneo, será abordado o instituto da alienação parental, fenômeno que pode ocasionar graves e permanentes consequências aos menores envolvidos, a qual deve ser evitada, constituindo-se a guarda compartilhada uma ótima solução para tal.

Os objetivos gerais do trabalho, está precipuamente em analisar a evolução do Direito de Família e suas contribuições para a sociedade contemporânea, com enfoque na guarda compartilhada e seus preceitos legais e, juntamente, o instituto da alienação parental, por doutrinas e julgados contemporâneos, os quais demonstram a eficácia da aplicabilidade da guarda compartilhada para inibir o instituto da alienação parental.

O presente estudo será elaborado por pesquisa explicativa de caráter bibliográfico e jurisprudencial. De tal forma que seja possível delimitar como o judiciário brasileiro e a doutrina, de forma autônoma, relacionam os institutos da guarda compartilhada e da alienação parental, no que tange a sua aplicabilidade, nas mais diversas lides que compõem perante o judiciário brasileiro, as quais, também, servem de parâmetro para os doutrinadores.

1 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Anterior a evolução histórica do instituto família e suas relações familiares, a mulher tinha perante a sociedade o papel de criar e educar os filhos, enquanto ao pai caberia o papel patriarcal diante da sua mulher e de seus descendentes, exercendo poder sobre todas as decisões econômicas, sociais, religiosos e políticas. Ou seja, a mulher era autoridade do homem, com a sua prole, não podendo exercer comportamentos considerados patriarcais.

Devido aos avanços históricos pertinentes da sociedade, o conceito de família e a sua estrutura sofreu diversas transformações positivas. Tais mudanças acarretaram a possibilidade de ambos os cônjuges - processo consensual - ou por escolha de somente de um deles - processo litigioso – entrar com o pedido de divórcio concomitantemente com a guarda do menor, assim, possibilita-se que ambos tenham direito de guarda.

O artigo “A evolução da guarda compartilhada no direito brasileiro” precisa em seu texto que

Verifica-se diante das diversas Leis publicadas desde 1916 que houve um grande avanço no intuito de equilibrar o princípio do melhor interesse do menor ao princípio da igualdade da responsabilização dos pais, de forma a preservar o desenvolvimento dos filhos de pais separados, visto que as famílias sofrem modificações no decorrer do tempo e as leis têm que acompanhar as modificações da sociedade para que não haja prejuízo aos pais e aos filhos. (JUS, 2016).

Logo, evidencia-se que o legislador cada vez mais tenta ordenar a questão das novas disposições familiares, principalmente no que se refere à dissolução conjugal com os interesses dos filhos menores, para atender os princípios constitucionais que regem os institutos da guarda. Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CRFB), a qual receitou o princípio da igualdade entre o homem e a mulher como obrigatório (art.5º, I, CF/88), tais comportamentos tornaram-se indesejáveis na sociedade.

O Código Civil (CC) de 1916, previa a guarda compartilhada dos filhos menores somente quando os seus genitores se separavam. Não olhava o lado da criança, quais os

melhores benefícios para com ela, por exemplo, convivência, moradia e estabilidade mental. A única preocupação era acometer o genitor que causou a separação, ou seja, puni-lo com a ausência do filho.

Era previsto que a guarda seria daquele que não fosse culpado pela separação, sendo essa a regra geral. Porém, havia duas exceções: quando ambos os genitores acordavam em relação à guarda de forma amigável ou quando os dois fossem os causadores da separação; neste caso, como ambos foram os causadores da separação, a guarda seria destinada à mãe, desde que ela tivesse os requisitos necessários para exercê-la, quais sejam, condições físicas e morais. Ao pai era destinado o direito de visita.

Em 1962, foi um marco para as conquistas das mulheres, foi exatamente a primeira conquista, promulgada pela Lei nº 4.121/1962, denominada Estatuto da Mulher Casada. Com igualdade jurídica, porém com o homem como controlador da família, segundo Comel (2003, p. 33), conforme citado por Troiani (2016, s.p.):

(...) foram inseridas algumas modificações importantes em relação ao poder familiar e, revogada diversas normas discriminadoras na lei, consagrou o princípio do livre exercício da profissão, permitindo que pudesse ingressar no mercado de trabalho e, com o aumento do poder econômico da mulher trouxe mudanças nos relacionamentos entre os cônjuges.

Com a promulgação da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) foram revogados os artigos do CC de 1916, concernentes à guarda, regulamentado pela referida lei. Não houve mudanças significativas. Nas palavras de Flávio Tartuce (2020, p. 1242):

De início, o art. 9º da Lei do Divórcio prescrevia que, no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos. No caso de separação judicial fundada na culpa, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à dissolução, ou seja, com o cônjuge inocente (art. 10, *caput*). Se pela separação judicial fossem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que tal solução pudesse gerar prejuízo de ordem moral aos filhos (art. 10, §1º). Verificado pelo juiz que os filhos não deveriam permanecer em poder da mãe nem do pai, seria possível deferir guarda a pessoa notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges (art. 10, §2º, da Lei do Divórcio).

A Teoria do Melhor Interesse do Menor foi confirmada pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir do Decreto nº 99.710 de 21/11/1990, posterior à aprovação na Organização das Nações Unidas (ONU), em mesma data, pela Convenção dos Direitos da Criança. Tal Decreto estimula o juiz a sempre colocar o menor como principal interessado, sendo o

magistrado o responsável pela fiscalização e pela aplicação do Princípio do Melhor Interesse do Menor, respeitando os seus direitos e dando-lhe prioridade.

A guarda unilateral era a regra no sistema normativo jurídico anterior (1916), contudo, depois do advento do novo CC de 2002, foi inserida a guarda compartilhada, sendo ambas aplicadas conforme o entendimento concreto do julgador. Na prática, era preferencialmente destinada a guarda unilateral.

A guarda compartilhada foi regulamentada pela Lei nº 11.698/2008, aplicada apenas em caso de concordância entre os genitores. Tal alteração modificou os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil, continuando não obrigatório a sua utilização. Contudo, ela se tornou regra a partir das mudanças trazidas pela Lei nº 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do vigente CC e introduziu novas determinações quanto à guarda dos filhos menores, Com isso, o novo projeto de lei, que alterou tal dispositivo legal, colocou a guarda compartilhada como prioridade. Tal mudança foi válida para o instituto da família, visto que não foi mais considerado o genitor como o protagonista para a definição da guarda, conforme os dizeres do Código de 1916.

Após serem discutidas as vantagens que a guarda compartilhada traz, o legislador aprovou a Lei nº 13.058 de 2014. Tal norma prescreve que a guarda compartilha é obrigatória. Foram modificados os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CC. A principal finalidade desta é proporcionar ao menor o direito de convívio com os seus genitores, de forma igualitária, para que ambos exerçam os direitos e deveres parentais sobre o menor.

O Recurso Especial nº 1428596/RS, da Terceira Turma, do Superior Tribunal de Justiça, com julgamento em 03/06/2014, da Reatora Ministra Nancy Andri ghi, dispõe sucintamente o conceito, o objetivo e as características da guarda compartilhada, ainda, exemplifica a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.¹

¹ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. (...). 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. (...). (STJ, 2014).

2 O QUE É GUARDA?

A guarda é o poder familiar exercido por ambos os genitores, independente do atual estado da relação destes. É importante frisar que os dois têm a autoridade para executar o poder familiar. Para Rodrigo da Cunha Pereira o instituto guarda

Significa a obrigação imposta a alguém de ter vigilância e zelo para conservação do bem, de coisas ou pessoas, que estão sob sua responsabilidade. No Direito de Família a guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos e significa o poder/dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia para educá-los e criá-los. (PEREIRA, 2014, p.358).

A convivência familiar é essencial para o desenvolvimento cognitivo, emocional e social do menor, sendo de extrema importância ter ao lado deste o poderio de ambos os genitores em sua vida, seja para cuidar de seu desenvolvimento educacional, seja para definir as melhores escolhas que norteiam o dia a dia do menor.

Pode ser que um dos genitores exerça maior responsabilidade para com este filho, porém, isso não exime o outro de efetivar o seu papel diante de escolhas, deveres e afetividade, como foi citado anteriormente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no art. 33 define que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.” (BRASIL, 1990).

Isso significa que o papel da guarda é exercido com a finalidade de educar e de direcionar o filho para um futuro promissor e de qualidade.

O art. 19 do ECA aponta que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (BRASIL, 1990).

Em outros termos, os interesses relacionados aos menores têm que ser específicos e diretos para eles, seja nas escolhas ou nas ações. Assim, a guarda tem que ser conduzida por pessoa capaz de proporcionar ao menor todos os meios que juntos garantirão o desenvolvimento integral dele.

A guarda tem como principal características determinar que ambos os genitores têm direito de convivência igualitária junto ao filho. É uma divisão direcionada ao bem-estar da criança, já que, devido ao término do relacionamento, ela pode ter várias complicações comportamentais e sociais, em virtude das dificuldades de entender o que está passando-se, seja

pela perda da convivência com um de seus pais ou pelas mudanças que circundam a separação. Por isso, é essencial que os genitores compreendam como é a experiência de separação para os filhos, sendo necessário que haja uma observação e um cuidado para que eles não sejam afetados.

Como exposto, a separação não é entre pais e filhos e sim entre os pais, e, além disso, situa-se ser uma escolha dos genitores e não dos descendentes. Uma vez definida a guarda, esta poderá ser modificada conforme os interesses e adequação para o bem do menor, por meio de processo judicial amigável ou litigioso.

3 CATEGORIAS DE GUARDAS

3.1 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada é cumprida por ambos os genitores, os quais exercem conjuntamente o poderio de escolha no que tende a ser o melhor para o menor. Em síntese, é a observância e o controle das minúcias relacionadas ao menor, isto é, a educação, a saúde, o lazer, dentre outras. Portanto, são todas as decisões que estejam diretamente ligadas ao exercício educacional e ao bem-estar do menor.

O CC define, no art. 1.584, § 1º, segunda parte, que “compreende-se por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. ” (BRASIL, 2002).

Tem como finalidade o ofício de ambos os genitores compartilharem a criação e a educação do filho, sendo algo que contribui para conveniência deste. Além disso, gera uma divisão igualitária de responsabilidades e de cuidados afetivos, contribuindo para uma convivência pacífica entre todos os envolvidos, já que não gera uma sobrecarga para ambos os genitores. Na guarda compartilhada, o tempo de convívio deve ser dividido igualmente para que ambos tenham acesso ao menor, tendo este resguardados os seus interesses (CC, art. 1.583).

Antes da alteração da redação do código, este tratava a guarda unilateral como regra, porém, com o novo projeto de lei que alterou o CC de 2002, colocou-se a guarda compartilhada como prioridade (art. 1.584, §2º), sancionado em 2014 (Lei 13.058/2014). No entanto, cabe ao juiz analisar o caso concreto, pois é necessário averiguar a relação da criança com os pais, se de fato os interesses do menor estão prevalecendo. Vale ressaltar que a guarda compartilhada não é uma escolha direcionada aos pais; nem mesmo se essa for acordada, já que ela tem que

ser instituída em caráter prioritário. Assim, mesmo que os pais não acordem em compartilhar a guarda, o juiz irá decretá-la, visto que é a regra geral. No entanto, a depender do caso concreto, ele pode não admitir a guarda compartilhada, ou seja, há exceções.²

A guarda compartilhada sempre será colocada como primeira opção do litígio, exceto se haja algum motivo contra a sua aplicação, seja por escolhas dos pais ou por algum impedimento legal, ou jurisprudencial.³

Em casos excepcionais é necessário determinar outro tipo de guarda, já que é primordial manter os interesses do menor (sujeito de direito). Logo, entende-se ser necessário o julgador deferir ou retificar a guarda diversa da compartilhada, visto que, pode o menor estar correndo riscos, tais como, perigo ou dano, com ações no presente ou no futuro, que venham desenvolver características prejudiciais ao menor, quais sejam: psicológicas, sociais e comportamentais. Maria Berenice Dias afirma que “são os filhos quem mais sofrem no processo de separação. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo profundo sentimento de solidão, como se estivessem sozinhos no mundo.” (DIAS, 2016, p. 852).

Um exemplo de guarda compartilhada seria a criação do menor em localidades diferentes. A mãe mora em Belo Horizonte, o pai em Uberlândia. A distância de 600 km de distância não impede que o menor seja criado por ambos os pais. Estes devem decidir todas as questões envolvendo o filho conjuntamente, além disso, é uma característica da guarda compartilhada a necessidade de convivência do menor com os dois pais.

Pelo distanciamento, pode ficar difícil definir uma residência fixa para o menor, a chamada residência-base, a qual pode ser decretada pelos pais, na casa de um ou do outro genitor, ou de ambos, ou por decisão judicial. Com isso, deve-se olhar o melhor interesse do menor, pois a questão principal da guarda compartilhada é a convivência deste com os pais e que eles façam parte das decisões em conjunto no que estiver relacionado à vida do filho.

Em consonância com o exemplo anterior, no Agravo de Instrumento Nº 70077246148, Sétima Câmara Civil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), julgado em

² O Ministro do STJ João Otávio de Noronha, a respeito do tema, frisou entender “que, diante de tais fatos, impor aos pais a guarda compartilhada apenas porque atualmente se tem entendido que esse é o melhor caminho, quando o caso concreto traz informações de que os pais não têm maturidade para o exercício de tal compartilhamento, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso, longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial.” (REsp 1417868, MG, Terceira Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 10/06/2016).

³ O entendimento do STJ é de que “A guarda compartilhada entre pais separados deve ser interpretada como regra, cedendo quando os desentendimentos dos genitores ultrapassarem o mero dissenso, podendo interferir em prejuízo da formação e do saudável desenvolvimento da criança.” (AglInt no REsp 0100458-65.2014.8.07.0001, DF, Quarta Turma, julgado em 15 de outubro de 2019).

31/10/2018, o Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, determinou que independentemente do distanciamento a menor tem o direito de desfrutar do convívio com ambos os genitores, inclusive daquele que mora em cidade longínqua da sua, decretando a guarda compartilhada como custódia para ambos os pais. Segundo a jurisprudência:

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADO COM PEDIDO DE GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor ou guardião por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada, que permite à criança desfrutar tanto da companhia paterna como também da genitora, com quem reside, sem que ela perca seus referenciais de moradia, que são o da casa materna. 3. No entanto, como os genitores moram em cidades distintas, o período de convivência da filha com o genitor deverá ser estabelecido de forma quinzenal. Recurso provido. (TJ-RS, 2018).

3.2 Guarda Unilateral

O CC define, no art. 1.584, § 1º, primeira parte, que “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. (BRASIL, 2002). Portanto, é exercida somente por um dos pais, aquele que tem total discernimento de direcionar o melhor interesse para o menor. Assim, esta é escolhida em conjunto e em acordo pelos pais, ou por um deles (CC, art. 1.584, I), ou quando um deles relata ao juiz que não tem interesse na guarda compartilhada (CC, 1.584§2º). Além disso, pode ser baseada no fato de um dos genitores não goza da capacidade necessária para tomar tamanha responsabilidade. Quando ambos não têm a mínima capacidade e condição de exercê-la, poderá ser designada para um terceiro, desde que respeitadas as observações do art. 1.584, §5.º, do CC.

Aquele que não detém a guarda do menor continua sendo responsável pelo exercício do dever parental, ou seja, não perde o poder familiar, que ainda persiste, independente do exercício de a guarda não ser sua. Coexiste uma relação entre genitor e filho e esta deve permanecer ativa, seja pela convivência ou pela observância de como este menor está sendo criado; deve-se averiguar a educação, o emprego da pensão alimentícia, a saúde, dentre outros, preservando-se sempre os interesses atuais e futuros do menor.

Se, durante a separação, a mãe do menor, por questões de tempo e de trabalho, manifesta o desejo de não exercer a guarda compartilhada com o pai, deixando para este o dever de decisão e de cuidado permanente com o filho em sua residência, mesmo sabendo que não teria o controle e o direito de exercer, diariamente, o papel de mãe, sendo a convivência decretada em horário determinados, é um exemplo de guarda unilateral.

3.3 Guarda Alternada

A guarda alternada é aquela que o menor fica ora com um, ora com o outro. Um dos genitores, em um prazo estipulado por ambos, exerce o poderio familiar sobre o filho. Portanto, não há um prazo específico para cessar a guarda, ou seja, pode ter uma durabilidade diária, semanal, quinzenal, mensal ou anual, e nem há estipulação legal, sendo determinada como uma criação doutrinária.

Aquele que ficar responsável pelo menor, no prazo determinado, terá total liberdade para decidir questões que envolvam o filho sem prévia concordância do outro genitor. Logo, este tem a prerrogativa de direitos e de deveres sobre o menor, exercendo sozinho o poder familiar no tempo preestabelecido.

Tal guarda tem como obtivo alternar o convívio do menor com os pais, já que ora fica com um, ora com o outro. Conseqüentemente, há uma igualdade de convivência entre genitor e filho, mesmo que em períodos alternados.

Os Tribunais de Justiça seguem a lógica de não determinar a guarda alternada, pois, esta é prejudicial para o desenvolvimento do menor, além de não preservar o seu melhor interesse. Entende-se, também, que o Princípio da Continuidade não tem a sua efetivação quando a guarda alternada é a escolhida, visto que não haverá um lar permanente. Além disso, é de suma importância que o menor não seja colocado como “figurante”, ou seja, os seus direitos não devem ser quebrados para benefício dos pais. Assim, para evitar que o menor tenha que passar por várias adaptações em curtos e determinados prazos, a melhor escolha a ser feita é os genitores optarem pela guarda compartilhada (regra) ou pela unilateral (quando não for indispensável adotá-la).

Igualmente na visão dos especialistas, os malefícios da chamada "guarda alternada" são patentes, prejudicando a formação dos filhos ante a supressão de referências básicas sobre a sua moradia, os hábitos alimentares, entre outras, comprometendo, assim, sua estabilidade emocional e física. Dado isso, é possível determinar os subsequentes malefícios ao menor ante a guarda alternada, segundo Bonfim:

1. Não há constância de moradia;
2. A formação dos menores resta prejudicada, não sabendo que orientação seguir, paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos etc.;
3. É prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo,

reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc.). (BONFIM, 2005 n.p.).

Um exemplo prático da guarda alternada seria o fato de o pai morar em Brasília e a mãe em Natal. Um menor de 8 anos, depois do divórcio dos pais, passou a residir de forma igualitária com ambos, ou seja, ele reside em períodos diversos na casa de cada um. No acordo efetuado pelos pais, decretou-se que ele (o menor) moraria o primeiro semestre do ano com a mãe e o segundo com o pai. Assim sendo, o poder familiar será exercido, pessoal e exclusivamente, pelo genitor que está com a guarda do menor no momento, não sendo cabível a interferência direta do outro.

3.4 Guarda Nidal (ou Aninhamento)

Diferentemente da guarda alternada, por meio da qual os filhos que mudam de moradia, na guarda nidal são os pais que assumem este papel de ir até aos filhos, ou seja, há uma alternância entre os pais na “casa” do filho, posto que este permanece intacto em seu domicílio. Não existe no ordenamento jurídico qualquer impedimento para a sua utilização, sendo pouco utilizada na prática brasileira. É um tipo de guarda mais comum na Europa.

O interesse do menor é colocado em primeiro lugar, independentemente da relação entre os genitores. Porém, nota-se ser um método que beneficia o menor, porquanto, o menor não terá de ficar alternando de residência em prazos determinados, aqui ele terá a rotina que está acostumado preservada.

É uma escolha onerosa, em consequência de haver maiores gastos relacionadas aos pais, pois, além de manterem a moradia do filho quando estiverem em sua responsabilidade, terão de manter as suas despesas na moradia particular.

Após se divorciarem, os pais do menor decidem escolher como forma de guarda a nidal. Para melhor interesse do menor, os genitores retiram-se da casa que o filho mantém residência, deixando-o no local. O objetivo é os pais saírem de casa e retornarem de forma revezada para manter a convivência e exercer o poderio familiar para com o filho. É um exemplo em que os pais escolhem manter o menor na casa onde ele foi criado ou na casa em que ele morou antes do divórcio.

3 CORRELAÇÃO ENTRE O DIVÓRCIO JUDICIAL E A CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em pesquisa do ano de 2017, correlacionou o número de divórcios judiciais concedidos em primeira instância com o índice de guardas compartilhadas aplicadas nas decisões proferidas. Segundo o IBGE, na pesquisa foram colhidos os dados referentes ao estado civil das pessoas, ou seja, aquelas que vivem em união estável não tiveram os dados coletados.

Tal análise mostra a crescente evolução da aplicação da guarda compartilhada desde 2014, ano em que foi publicada a Lei nº 13.058, a qual prevê o emprego da guarda compartilhada como obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, conforme revelam as Estatísticas do Registro Civil, do IBGE:

[...] o regime de guarda compartilhada vem aumentando desde 2014, quando foi sancionada a Lei nº 13.058, que prevê a aplicação dessa modalidade de guarda como prioritária nos casos em que ambos os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar. No país, o número de registros de guarda compartilhada quase triplicou entre 2014 e 2017, passando de 7,5% dos casos de divórcio de casais com filhos menores para 20,9%. (TALLMANN; ZASSO; MARTINS, 2019, p. 9).

Mesmo com as alterações realizadas no CC de 2002, segundo o qual a guarda compartilhada passou a ser a regra, como já foi citado, e com o evidente crescimento de decisões de coparticipação nas responsabilidades e nas decisões referentes ao menor por meio da guarda compartilhada, mesmo que decidido judicialmente, esta não é muito aceita entre os genitores, principalmente, os pais. A mãe, na maioria das vezes, assume o dever obrigacional relacionado à vida do menor sozinha. O pai esquiva-se do papel paterno e de todas as especificações referentes à guarda compartilhada. Contudo, pode o magistrado decretar a guarda compartilhada, mesmo que um dos genitores não queira, caso perceba que o genitor detém todas as condições de exercer em conjunto o dever/obrigação de responsabilidade parental.

O quadro a seguir especifica a pesquisa realizada pelo IBGE no ano de 2017, em todos os estados do Brasil, levando-se em conta os números de divórcios judiciais no Brasil e a guarda compartilhada.

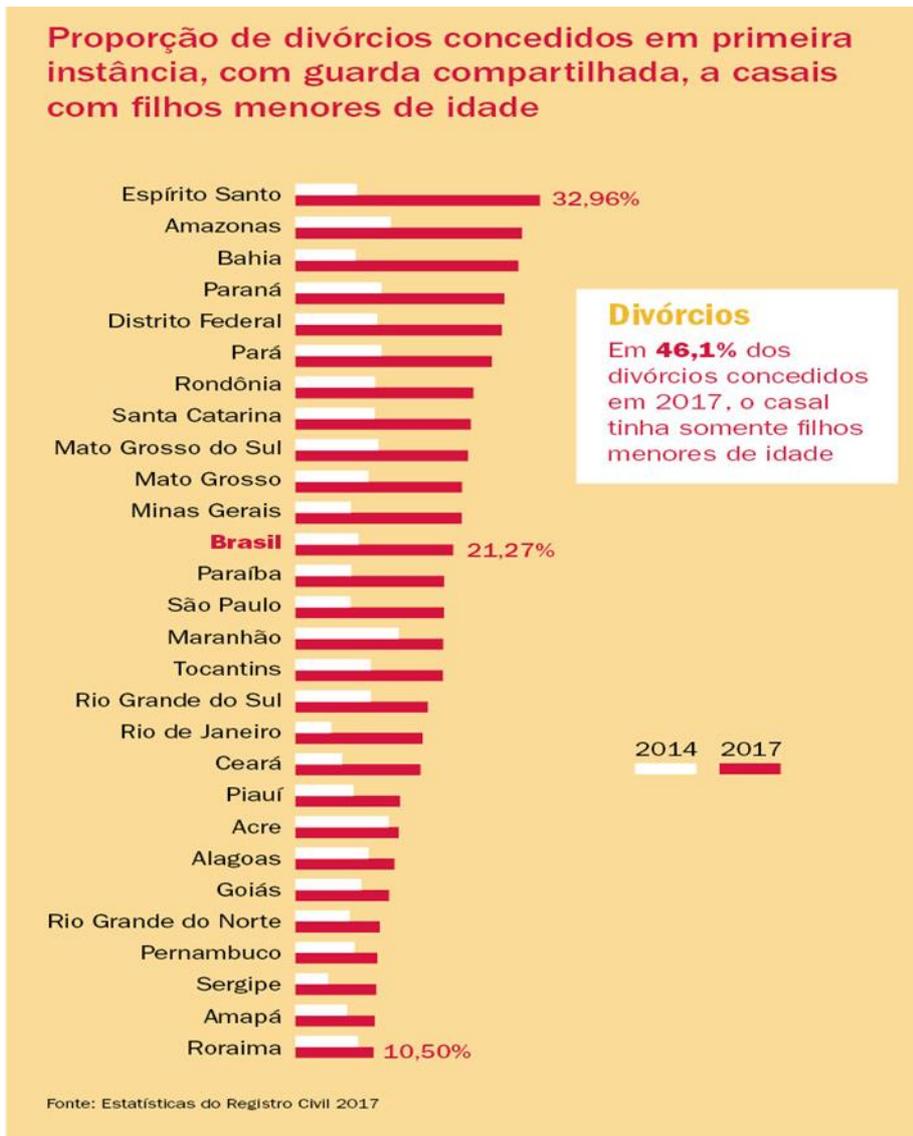


Figura 1: Gráfico referenciando a correlação entre divórcio judicial com concessão de guarda compartilhada quando há filhos menores de idade.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA

Maria Helena Dias, em sua obra, especifica que a alienação parental pode ser identificada por mais de um nome, quais sejam: síndrome de alienação parental - SAP, alienação parental ou implantação de falsas memórias. (DIAS, 2016, p. 881). A alienação parental é a influência direta de uns dos genitores em atingir negativamente o outro genitor utilizando o menor. Ela induz um repúdio entre o filho para com um dos pais, ou seja, o menor é transformado em objeto com a determinação em utilizá-lo para afastá-lo de um dos seus genitores. Aquele que utiliza dos malefícios da alienação parental dificulta o contato entre o

outro pai/mãe e o filho, o exercício da autoridade parental e o convívio familiar. Tal comportamento pode se dar, por exemplo, na depreciação do pai ou da mãe para com o filho, na mudança para endereço distante, sem justificativa, e na omissão de informações importantes do menor.

Vale ressaltar ainda que a alienação parental pode ser utilizada por aqueles que detêm a guarda do menor ou a vigilância, por exemplo, os avós. Assim, estes podem influenciar o repúdio do filho para com o pai ou para com a mãe.

A alienação parental é proibida por lei. O dispositivo legal que aborda o tema está especificado na Lei nº 12.318/2010. O art. 2º formaliza e exemplifica a alienação parental como:

Art. 2º. [...] 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. (BRASIL, 2010).

A alienação pode trazer sérios riscos ao menor alienado, abalando a sua saúde psicológica. Maria Berenice Dias (2016) assegura que os menores alienados mostram resultados perversos quando de sua utilização.

Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos. (DIAS, 2016, p. 883).

Quando detectada a alienação e esta for posta em conhecimento do juiz, este deverá tomar as devidas medidas necessárias para inverter o quadro, seja impondo multa ao alienador, aumentando a convivência entre os descendentes, apoiando o psicológico do alienado, impondo a guarda compartilhada ou invertendo-a.

O autor Rodrigo da Cunha Pereira sinaliza que

Pai/mãe que descumpra a convivência com outro pai/mãe, impedindo, dificultando ou boicotando o convívio, além de sanção pecuniária, esse ato pode ser caracterizado como alienação parental, o que pode trazer implicação presente na lei de alienação parental, tais como restrição de convívio, ou mesmo inversão de guarda, ou determiná-la unilateral. (Pereira, 2020, p. 413).

Aos filhos a alienação traz sérios riscos e problemas e ao genitor alienador sérias consequências.

A guarda compartilhada é a igualdade de responsabilidades e de direitos em relação ao menor. Nela, ambos os genitores exercem a guarda, desde que estejam aptos para o exercício

desta, pois, deve ser preservado o melhor interesse do menor. Esta categoria de guarda é a mais adequada para se evitar a alienação parental, visto que ambos os genitores participam ativamente da vida do menor, evitando-se, assim, margens para que um deles utilize métodos negativos para colocar o filho contra o outro, consoante o entendimento de alguns doutrinadores, os quais denotam que

[...] a partir do momento que a criança ou o adolescente iniciam o contato com ambos os genitores, a incidência da alienação parental é baixa. Esse entendimento se deve ao fato de que ambos os pais devem ser igualmente responsáveis pela guarda dos filhos, gerando obrigações proporcionais, evitando assim que um genitor utilize de seu poder sobre o filho para afastá-lo do outro genitor. (FROES, 2021, s.p.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar este tema tão vivo no ordenamento jurídico brasileiro permite idealizar as variantes institucionais possíveis no direito de família quando se trata de guarda. É um assunto profundo que amplia o olhar sobre o instituto família para quem deseja se aprofundar nesta temática.

Concretizamos com o pensamento de Maria Helena Diniz quando em seu livro aborda que terminada uma relação conjugal (casamento) ou um relacionamento (união estável), não basta conscientemente ambos irem cada um para um lado. Quando se envolvem menores de idade, é necessário pensar no melhor interesse destes, que no caso seria comunicar-se sempre à convivência harmônica com ambos os genitores.

A continuidade do vínculo parental é essencial para o bom desenvolvimento psicológico, comportamental e social do menor. Encerrada a conjugalidade, não pode ela afetar os direitos e os deveres parentais dos genitores para com o menor. O vínculo entre pai e filho persiste, não terminando com o fim do casamento ou da união estável dos genitores. Os direitos e os deveres não cessam, devem permanecer ativos no exercício do poder familiar.

Diante do impacto que a separação causa no ceio familiar, os genitores devem decidir o meio de guarda que será adotado. O ordenamento jurídico legal, em se tratando de guarda, definiu ser a regra, ou seja, a que deve ser adotada, a guarda compartilhada, por figurar uma categoria de guarda onde ambos os pais exercem o poder familiar, com divisão de tarefas e de deveres em relação ao menor; uma responsabilização conjunta, deve ser aplicada sempre que não existirem as exceções de um dos pais não querer – por consenso -, ou por um deles, ou ambos, não ter discernimento adequado para exercê-la. O entendimento majoritário é de que a

guarda compartilhada beneficia o menor, não traz transtornos e evita o impacto negativo da alienação parental.

Ficou evidente que as outras categorias de guarda abordadas, principalmente, a guarda unilateral, que já foi regra no ordenamento jurídico brasileiro, não transborda em efeitos positivos como a guarda compartilhada. Aquela deve ser adotada excepcionalmente por não trazer benefícios ao menor, além de ser mais rígida.

Resta ainda, para finalizar, afirmar como pesquisadores, estudantes e futuros aplicadores do Direito, que o Direito Civil, especialmente, o Direito de Família, acompanha o desenvolvimento histórico da sociedade, adaptando-se aos novos rumos que decorrem com o tempo. Ainda, regula as relações existentes, as quais influenciam nas novas adaptações legais, doutrinárias e jurisprudenciais nas referências existentes no ramo familiar.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda compartilhada x guarda alternada**: delineamentos teóricos e práticos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7335>. Acesso em: 02 de abril 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 de abril de 2022.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 9 de abril de 2022.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 9 abr. 2022.

_____. Lei nº 12.318, de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 9 de abr. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 abril 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3.Turma). Recurso Especial nº 1.417.868/MG. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Família. Guarda Compartilhada. Dissenso entre os pais. Possibilidade. Recorrente: B.A.C. Recorrido: L.G.M e outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 10 de maio de 2016. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862253574/recurso-especial-resp-1417868-mg-2013-0376914-2/inteiro-teor-862253583?ref=serp>. Acesso em: 23 de maio de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). AgInt no Recurso Especial nº 1.688/690/DF. Processual Civil. Agravo Interno no Recurso Especial. Guarda Compartilhada de menor. Impossibilidade de convivência harmônica entre os genitores. Melhor interesse do filho. Súmula n. 7 do STJ. Decisão Mantida. Agravante: D.P.P.T. Agravado: P.P.M. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, 15 de Outubro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859671953/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1688690-df-2017-0185629-0>. Acesso em: 23 de maio de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Civil). AgInt nº 70077246148. Ação de dissolução de união estável cumulado com pedido de guarda, regulamentação de visitas e alimentos. Guarda Compartilhada. Cabimento. Agravante: M.L.M. Agravado: V.M. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 31 de outubro de 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/644204184/agravo-de-instrumento-ai-70077246148-rs/inteiro-teor-644204192>. Acesso em: 02 de maio de 2022.

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

FROES, Thalita Araujo Madureira. **Guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental**. Migalhas, 2021 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341281/guarda-compartilhada-como-forma-de-prevencao-da-alienacao-parental>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.

TALLMANN, Helena; ZASSO, José; MARTINS, Rita. Dividindo Responsabilidades. Revista Retratos, 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/d4581e6bc87ad8768073f974c0a1102b.pdf. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

TROIANI, Leonice. **A evolução do direito de família e os aspectos sociais da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro**. Âmbito Jurídico, 2016: Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/a-evolucao-do-direito-de-familia-e-os-aspectos-sociais-da-guarda-compartilhada-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 14 de setembro de 2022.