

A GUARDA COMPARTILHADA NA AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS GENITORES E SEUS ASPECTOS PSICOLÓGICOS

Dandara Azevedo Martins¹

RESUMO: Considerando as profundas alterações ocorridas nas relações familiares, percebe-se um aumento considerável no número de casos de divórcios e dissoluções litigiosas, caracterizadas anteriormente como uniões estáveis, levadas ao judiciário brasileiro, em que se discute a guarda de filhos que não atingiram a maioridade civil. Essa realidade tem sido bastante discutida, gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com mais afinco após a instituição da Lei nº 13.058 de 2014, que estabeleceu a guarda compartilhada como regra, inclusive quando não há consenso entre os genitores. Nesse sentido, através de uma pesquisa teórica, com conteúdo bibliográfico, doutrinário, jurisprudencial e legislativo, pelo método de pesquisa histórico, abordamos a modalidade de guarda compartilhada, tratando, principalmente, da sua aplicabilidade nos casos em que o ex-casal encontra-se em litígio, dos princípios constitucionais que a asseguram e dos aspectos psicológicos desse tipo de guarda, expondo a sua utilização como meio de se evitar a alienação parental. Concluindo, portanto, que a guarda compartilhada é a modalidade mais adequada para garantir a satisfação do melhor interesse dos filhos, independentemente do mero litígio entre os pais, excetuados casos excepcionais de alta gravidade, em que haja risco à integridade das crianças ou adolescentes.

Palavras - chave: Guarda compartilhada. Litígio. Aspectos psicológicos.

ABSTRACT: Considering the depths changes in familys relationships, on sees a considerable incrise of numbers of cases of divorces and dissolutions of stable unions bring to the brasilian judiciary. This reallity hás been very discussed, generating doctrinal and jurisprudential divergences, with more finesse after na intitution of Law 13.058 of 2014, which constituted a compartment as a rule, even when there isn't consensus betwin the parents. In this sense, through a theoretical research, with a bibliographical, doctrinal, jurisprudential and legislative content, by historical research method, IF we approach the modality shared and the two psychological ones of this type of guard, means of avoiding the parental alienation. Concluding, therefore, which is a thematic part of a more adequate modality to guarantee the satisfaction of the best interest of the children, irrespective of the mere litigation between the parents, except exceptional cases of high severity, where there is risk to integrity of children or adolescents.

Keywords: Share guards. Litigation. Family right. Multipretnality. Psychological aspects.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema central a guarda compartilhada e o melhor interesse da criança e do adolescente. Nele serão expostas as discussões existentes acerca dos reflexos da guarda compartilhada em relação aos filhos, crianças e adolescentes. Nos casos em que há

¹ Advogada e Pós-Graduanda em Direito das Famílias e das Sucessões. E-mail: dandarazevedo001@gmail.com. Carpe Diem: Revista Cultural e Científica do UNIFACEX. v. 16, n. 2, 2018. ISSN: 2237 – 8685. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 3 de Maio de 2018; aprovado em 24 de Maio de 2018.

litígio entre os genitores, explicitando os aspectos psicológicos do compartilhamento, através de uma abordagem interdisciplinar e multidisciplinar, percorrendo áreas do Direito Civil, mais especificamente, do Direito de Família, do Direito Constitucional e da Psicologia.

A guarda compartilhada, assentada no ano de 2014 como regra no ordenamento jurídico brasileiro, tem como fundamento primordial proteger os interesses dos filhos menores de idade, a fim de permiti-lhes um desenvolvimento sadio. Ocorre que nos casos litigiosos de divórcio ou dissolução de união estável envolvendo interesse de filhos menores de 18 anos, muito se discute sobre a possibilidade de aplicação do compartilhamento da guarda. Nesse sentido, ao longo dessa pesquisa, se buscou responder a alguns latentes e atuais questionamentos, tais como: a guarda compartilhada realmente garante o melhor interesse da criança ou adolescente? Quais os casos em que é desaconselhado o compartilhamento da guarda? Em caso de litígio, seria a guarda compartilhada a melhor opção para proteger os filhos? Como o juiz deve proceder na escolha do tipo de guarda que melhor atenda ao superior interesse dos filhos?

Diante desses questionamentos, o objetivo principal deste artigo é analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada nos casos em que não há consenso entre o ex-casal, expondo as suas implicações aos filhos menores de 18 anos sob o aspecto psicológico. Nesse contexto, a presente pesquisa tem, especificamente, como objetivo, demonstrar a forma de aplicação da guarda compartilhada pelo judiciário, expondo as implicações psicológicas do compartilhamento de guarda em relação às crianças e aos adolescentes, bem como relacionar a prática de alienação parental com o tipo de guarda exercida.

Desse modo, considerando a essência da problemática trazida a este estudo, a fim de apresentar, ao final, resposta fundamentada a todos os questionamentos aqui elencados, será realizada uma exposição eminentemente teórica, com conteúdo bibliográfico/doutrinário, jurisprudencial e legislativo, através de método de pesquisa histórico, abordando os principais aspectos da guarda compartilhada; e comparativo, considerando, ao longo do artigo, os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da guarda compartilhada no caso de dissenso dos pais.

Nesse sentido, o presente artigo foi dividido em dois núcleos de estudo, o primeiro com uma abordagem voltada para a atual discussão acerca do compartilhamento da guarda, quando ausente o consenso entre os genitores, de forma extrema, a ponto de trazer consequências negativas ao crescimento e desenvolvimento saudável dos filhos, crianças e/ou

adolescentes; e o segundo tratando dos aspectos e implicações psicológicas da guarda compartilhada nestes casos excepcionais de beligerância imoderada entre os genitores.

2 DISCUSSÃO SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA NA AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS GENITORES

A guarda compartilhada é o modelo de guarda atualmente adotado como regra no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583, §1º, com redação dada pela Lei nº 11.698/2008, caracteriza a guarda compartilhada pela “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, 2008).

Em 22 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei nº 13.058, que alterou o artigo supramencionado, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispondo sobre sua aplicação, ficando instituído no §2º que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos devem serem divididos de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”, e em seu §3º que “a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. A referida Lei, portanto, passou a tratar a guarda compartilhada como regra. (BRASIL, 2014).

Nesse sentido, considerando não só a nova redação anteriormente mencionada do §3º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002), como também a essência da guarda compartilhada, que visa o compartilhamento da responsabilidade dos genitores no desenvolvimento do filho, e não da guarda física deste, pode-se inferir que se tornou plenamente possível o exercício da guarda compartilhada por genitores que residam em cidades diferentes. Assim tem corroborado as jurisprudências acerca do tema:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. GUARDA E ALIMENTOS. MANUTENÇÃO DA GUARDA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA. NATUREZA DÚPLICE DA AÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DE PEDIDO CONTRAPOSTO NA CONTESTAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. CARÁTER PROVISÓRIO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA. INTERESSE DA CRIANÇA. PAIS EM ESTADOS DIFERENTES DA FEDERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE. 1. Em sede de processo cautelar, a decisão interlocutória que indefere o pedido liminar não faz coisa julgada, tendo em vista que se trata de cognição sumária, sem elementos suficientes para elidir as dúvidas, razão porque necessário prosseguimento do feito, com o devido julgamento em sentença de mérito, considerando que somente assim põe-se fim à demanda, não havendo falar em nulidade por ofensa a coisa julgada. 2. É cediço na doutrina que os pedidos de

guarda e de alimentos têm a natureza dúplice, ou seja, tanto o autor como o réu buscam o mesmo bem da vida, pois ambos têm o mesmo interesse substancial, sendo diferentes no aspecto processual. Tanto é que esse tipo de ação permite o pedido contraposto feito no bojo da contestação. 3. Deve ser considerada a relativização da coisa julgada quando se trata de alimentos, pois este instituto é dotado de caráter provisório, observando que a Lei 5.478/68, discorrendo sobre o tema, no seu art.15, dispõe que a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado”. 4. Guarda compartilhada representa moderno instrumento voltado ao fortalecimento da convivência familiar e, sobretudo, ao desenvolvimento da criança num ambiente de solidariedade, cooperação e harmonia. 5. O princípio do melhor interesse do menor serve como baliza e critério de ponderação judicial para a escolha da modalidade de guarda mais apropriada no caso concreto. 6. Na guarda compartilhada, busca-se mais que a distribuição igualitária entre os pais do tempo de convívio com o menor, mas sim a possibilidade de participação dos genitores nas decisões para a criação do filho, razão pela qual a distância física dos genitores não importa em óbice na fixação da guarda compartilhada. 7. Recurso da autora conhecido e desprovido. Recurso do réu conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, Apelação Cível 20120110129610, 5ªT., Rel. Min. Sandoval Oliveira, j. 11-3-2015).

Importante considerar que o essencial no compartilhamento da guarda não é a aproximação física ou geográfica dos genitores, mas sim afetiva.

Nas palavras da psicóloga Silva (2011), a guarda compartilhada é o meio pelo qual os pais, após separação, divórcio ou dissolução de união estável, permanecem com as obrigações e os deveres na educação dos filhos e nos cuidados necessários ao desenvolvimento deles em todas as áreas, seja emocional, psicológica, entre outras. É, pois, uma relação dos pais separados com os filhos após o processo de separação, de modo que ambos continuem a gerir a vida dos filhos.

Segundo Cassettari, a guarda compartilhada pode ser considerada a melhor opção, porque nessa modalidade “a criança continua a conviver, diariamente, com o pai e com a mãe, evitando que um dos genitores, geralmente o pai, só veja o filho a cada quinze dias”. (CASSETARI, 2011, p. 510)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 4º, sustenta a preferência pelo modelo de guarda compartilhada na medida em que demonstra expressamente a importância do convívio dos filhos com seus pais.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990, s/n).

Como bem pontua Roberto Gonçalves (2015), a guarda compartilhada é, portanto, um modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Porém, quando houver interesse dos pais e for conveniente para

os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Destarte, Roberto Gonçalves (2015) diz ainda que, nesse tipo de guarda, a criança tem o referencial de domicílio, podendo facultar-se as visitas a qualquer tempo. Nesse modelo, ambos os genitores são guardiões.

Para ser possível o exercício da guarda compartilhada, Euclides de Oliveira (2015) é claro ao dizer que:

Sua efetivação prática, no entanto, depende das circunstâncias da conduta pessoal e da boa vontade de cada um dos genitores, que precisam ser abertos ao diálogo nas decisões conjuntas. Ressalva-se que, não obstante a supremacia da guarda compartilhada, sua imposição coercitiva pelo juiz nem sempre refletirá boa solução, em situações de litígios fortes entre os genitores, de tal sorte que pode vir a ser relegada ao limbo das decisões inexecutáveis. (OLIVEIRA, 2015, p. 329).

Acerca da previsão legal de divisão equilibrada do tempo de convívio do filho com cada um dos genitores, diz Euclides de Oliveira (OLIVEIRA, 2015) que tal equilíbrio não deve ser confundido com divisão igualitária dos períodos como ocorre na guarda compartilhada. Entende, pois, que a guarda compartilhada pressupõe que o filho mantenha vínculo físico no lar de um dos genitores, e possa, em certos períodos dilatados, viver com o outro genitor.

No que tange à importância da convivência dos filhos com seus respectivos genitores na guarda compartilhada, Silva (2011) considera o seguinte:

A convivência, na guarda compartilhada, baseia-se na necessidade de preservação dos vínculos da criança com ambos os pais, e estes devem acompanhar ativamente os acontecimentos do filho. Com base nisso se estabelece a intimidade entre o pai e o filho para que se crie um ambiente psicologicamente saudável. A criança, por sua vez, com essa convivência, formará sua própria opinião a respeito do pai, de forma autêntica, e não influenciada pelos comentários e sentimentos da mãe. (SILVA, 2011, p. 9).

Ademais, quanto à possibilidade de aplicação da guarda compartilhada quando não há acordo entre os genitores da criança, o artigo 1.584, §2º, do Código Civil, aduz que:

§ 2º. 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. (BRASIL, 2002, s/n).

Sendo assim, tem-se que a guarda compartilhada é considerada o modelo mais adequado e apropriado a promover o pleno desenvolvimento da criança, cujos pais tenham se separado. Contudo, há algumas exceções e casos peculiares em que não deve ser aplicado o

compartilhamento da guarda e que devem ser obrigatoriamente observados e estudados pelo juiz, especialmente, nas situações concretas marcadas pelo litígio dos pais daquela criança.

Conforme explicitado anteriormente, a guarda compartilhada é, em regra, o modelo mais apropriado e benéfico ao desenvolvimento dos filhos, crianças e adolescentes. Entretanto, com o incentivo da aplicação desse tipo de guarda, surgiram alguns questionamentos acerca da aplicação desse instituto nos casos em que os pais não mantêm relação amistosa e harmoniosa.

Para a juíza de direito da 2ª Vara de Família de Rondonópolis (MT), Eunice Jaqueline da Costa Silva Cherulli (CHERULLI, 2011), a guarda compartilhada em caso de litígio deve ser tratada da seguinte forma:

Busca a legislação resguardar o direito dos filhos e não dar amparo aos estigmas “pós separação” de ambos; a lei não é egoísta como os pais o são nesse momento. O foco aqui é os filhos e não os pais. Aliás, na “cegueira” do que restou da ruptura, e ainda sendo egoístas, motivo de noventa por cento da falência das relações, continuam ignorando a distinguida relação de parentalidade: paternidade/maternidade, com a relação conjugalidade: homem/mulher; casal. O destempero dos pais não pode vitimar os filhos [...] (CHERULLI, 2011, p. 48).

No mesmo sentido, para Perissini (SILVA, D. 2011), a criança não pode ser punida ou responsabilizada pelas desavenças existentes entre os pais, visto que o mais importante a ser resguardado é a relação da criança com os pais, e não a relação entre o ex-casal. Afirma ainda que:

É muito melhor para a criança conviver com o conflito durante algum tempo do que perder a presença amorosa de um pai ou uma mãe. O enfraquecimento do laço afetivo entre pais e filhos causa graves traumas às crianças; esse laço dificilmente se refaz mais tarde. Ademais, algum nível de conflito é natural nas relações humanas e acontece diante dos filhos mesmo entre os casais não separados. A guarda compartilhada induz à pacificação do conflito porque, com o tempo, os ânimos “esfriam” e os genitores percebem que não adianta confrontar alguém de poder igual. O equilíbrio de poder torna mais conveniente o entendimento entre as partes para ambos. (SILVA, 2011, p. 6).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido, em reiteradas decisões, que a guarda compartilhada deve ser aplicada, inclusive, nos casos em que os pais não mantêm boa relação entre si, conforme se extrai do julgado abaixo colacionado.

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. DOCTRINA 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 de 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 ESPECIALPARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, Resp 1.560.594, 3ªT., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 23-2-2016, s/n).

No relatório do acórdão supramencionado, proferido pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, o ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino, argumenta que se os filhos possuem boa convivência com o pai, em respeito ao superior interesse da criança, deve-se unir esforços a fim de preservar essa convivência, a não ser nas situações em que haja algum motivo grave que comprometa o convívio saudável dos pais com os filhos e traga algum prejuízo ao desenvolvimento dessa criança ou adolescente. Assevera também que a dificuldade de diálogo e atrito existente entre o ex-casal é consequência previsível e natural do rompimento do vínculo matrimonial, o que não pode justificar a supressão do direito de guarda de um desses genitores, pois assim estaria priorizando a guarda unilateral (BRASIL, Resp 1.560.594, 3ªT., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 23-2-2016).

Sob essa ótica, registre-se a doutrina de Rolf Madaleno e Rafael Madaleno, *verbis*:

Possíveis conflitos sempre servem como desculpa para não ser implantada uma custódia conjunta, sendo certo que os agudos e constantes enfrentamentos, frutos de um profundo conflito tornam bastante difícil a guarda conjunta, pois colocam em risco a estabilidade emocional e educacional da prole, que é diariamente inserida em diferentes dinâmicas familiares, muitas delas propositalmente submetidas a comandos em que os pais querem apenas contrariar e desautorizar a educação transmitida pelo outro genitor. Os pais devem alcançar por seu próprio esforço uma faixa neutra e isenta de conflitos, se possível por sua livre consciência e vontade, outra vez sendo forçados a conviverem em custódia conjunta jurídica para aprenderem a encontrar a harmonia necessária e o ambiente ideal para a sadia criação de seus filhos. A hostilidade dos pais não impede a custódia compartilhada compulsória como vêm demonstrando os arestos colacionados pela Min. Nancy Andrighi em seus julgados perante o STJ. (MADALENO, 2015, p. 252).

Extrai-se, ademais, da justificativa à alteração legislativa que estabeleceu como regra a guarda compartilhada que os alvos da elaboração da lei são aqueles genitores que não conseguem dissociar a relação de marido/mulher da relação pai/mãe, ponderando, inclusive, que alguns magistrados e membros do ministério público, tem interpretado a expressão “sempre que possível” constante do artigo 1.584, §2º, do Código Civil (BRASIL, 2002), como “sempre os genitores se relacionam bem”. Em continuação afirma que a suposição de que a existência de acordo ou bom relacionamento entre os genitores seja condição para estabelecer a guarda compartilhada, pois permitiria que qualquer um dos beligerantes,

inclusive um possível alienador parental, propositalmente provocasse uma situação de litígio tão somente para impedir esse tipo de guarda, favorecendo os próprios interesses em detrimento do melhor interesse da criança ou adolescente. (BRASIL, 2011).

Nas palavras da Ministra Nancy Andriahi, o ascendente que intransigentemente nega ao seu filho um convívio mais íntimo com o outro ascendente, prioriza seus interesses, sem considerar a necessidade do referencial binário para uma perfeita formação (BRASIL, Resp 1.626.495, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 15-9-2016).

Por outro lado, há quem seja contrário à aplicação da guarda compartilhada quando existe dissenso entre os genitores, com argumentação somente pautada em critérios legais, já que o parágrafo 3º do artigo 1.584 do Código Civil estabelece apenas uma possibilidade do juiz fundamentar sua decisão em orientação técnico-profissional ou equipe interdisciplinar. *In verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 3º 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (BRASIL, 2002, s/n).

Explica o doutrinador Euclides de Oliveira que deveria ser mais incisiva a referida ordem de realização de estudo psicossocial, por técnicos de confiança do juízo, pericialmente, com o devido acompanhamento das partes e de seus assistentes, de modo que, nos casos de litígio, o juiz pudesse proferir uma decisão fundamentada não apenas em critérios legais, mas baseada nas efetivas condições das partes para desempenhar o compartilhamento da guarda. (OLIVEIRA, 2015).

O referido doutrinador argumenta ainda que esse estudo minucioso em cada caso concreto é de extrema importância, pois é no momento de litígio e na observância das regras de convivência que surgem sinais característicos de alienação parental. Quando o desejo de dominação por parte de um dos genitores com relação ao filho ultrapassa os limites, invadindo o direito do outro genitor, proferindo acusações pesadas e infundadas, as quais afetam os interesses superiores do próprio filho, numa disputa conturbada, infeliz e doentia. (OLIVEIRA, 2015).

Acerca da possibilidade de não aplicação da guarda compartilhada visando o melhor interesse da criança e do adolescente, parte da jurisprudência brasileira tem entendido o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE NO MOMENTO ATUAL. GUARDA UNILATERAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. EXIGIBILIDADE SUSPensa. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. Nos termos do artigo 1594, §2º, do CPC, a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que deve ser fixada a guarda compartilhada, independente da existência de diálogo entre os genitores. Ocorre que no caso em debate há algumas peculiaridades que não foram enfrentadas nos acórdãos paradigmas, o que impede a subsunção à hipótese vertente e autoriza a distinção do caso vertente, conforme prevê o artigo 489, VI, Código de Processo Civil. No caso dos autos, restou demonstrado que as partes mantêm uma relação conflituosa com agressões verbais e físicas, inclusive com registro policial, o que denota que o conflito das partes ultrapassa a normalidade e impede, neste momento, a guarda compartilhada, conforme autoriza o artigo 1586, do Código Civil. O juízo a quo, ao deixar de fixar as verbas de sucumbência, em razão da gratuidade de justiça, afastou norma imperativa de ordem pública. Como é sabido a concessão da gratuidade de justiça não impede a condenação ao pagamento das verbas de sucumbências, custas e honorários, mas suspende sua exigibilidade, ex vi parágrafo 3º, artigo 98, do Código de Processo Civil. (BRASIL, Apelação Cível 20151010038322, 2ªT., Rel. Carmelita Brasil, j. 22-2-2017, s/n).

Corroborando com o mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, conforme voto do Ministro Relator, João Otávio de Noronha, ponderou que o compartilhamento da guarda não se destina a atender os interesses dos pais no exercício do poder parental, já que tal interesse é secundário. Isto é, o maior interesse é o bem-estar do filho, que deve encontrar na figura dos pais um ponto de apoio e equilíbrio para seu desenvolvimento intelectual, moral e espiritual (BRASIL, Resp 1.417.868, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10-5-2016). O relator cita ainda o trecho do acórdão vergastado entendendo estar juridicamente perfeito, conforme transcrição a seguir:

A melhor solução para a questão seria a de que os pais, na preocupação com os interesses da filha, pactuassem a guarda, mas, infelizmente, a amargura pela separação não lhes permite refletir sobre o abalo psicológico que a desavença pode causar à criança, sendo necessária a intervenção do Judiciário para a solução do litígio, que não se resume a mero processo formal, mas em agudos e dramáticos problemas pessoais.

Em casos como o presente, em que a decisão interfere decididamente nos interesses da criança, que é o bem maior que se busca preservar, o Magistrado não deve atender somente aos anseios dos adultos envolvidos, se deles decorre prejuízo aos interesses do filho.

Assinale-se que a guarda compartilhada, como quer o pai, é instituto que pressupõe ausência de litígio entre os interessados. Exige maturidade, que é o alicerce que afasta mágoas e vem permitir acordos e pactos. Por isso é que não existe, se normalmente considerada, a guarda compartilhada litigiosa. Embora haja opiniões doutrinárias agasalhando essa possibilidade, a guarda compartilhada, se litigiosa, pode transformar-se em vivências de extremo sofrimento para todos. Este caso é um eloquente exemplo desta impossibilidade. As decisões maduras, refletidas, pensadas, dirigidas para um fim único (o bem do filho) são inalcançáveis no atual momento de convivência entre pai e mãe, no qual prepondera a tendência para a consideração do próprio interesse. A oportunidade poderá surgir num momento posterior, não sendo visível no instante atual. (BRASIL, Resp 1.417.868, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10-5-2016, s/n).

Em síntese, dos julgados existentes no sentido de não aplicar a guarda compartilhada, extrai-se que, embora não haja necessidade de ausência de conflito entre os genitores, nas situações em que seja inviável seu exercício por ser impossível aos pais chegarem a um acordo sobre as questões atinentes ao filho, o compartilhamento deve ser evitado a fim de que a criança ou o adolescente não tenha seu desenvolvimento afetado, já que a tendência dos pais nesses casos é atender aos seus próprios interesses.

De acordo com a Ministra Nancy Andriahi, alguns julgadores, diante de um conflito exacerbado entre os genitores, entendem que a continuidade daquela situação de conflito pode ocasionar estresse grave para a criança ou adolescente, o que os levam a optar pelos moldes da guarda unilateral, argumentando que assim aquele filho conseguiria ter um desenvolvimento tranquilo. (BRASIL, Resp 1.626.495, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 15-9-2016).

É notório, portanto, que ainda existe, atualmente, latente discussão quanto à aplicabilidade da guarda compartilhada quando paira entre os genitores situação litigiosa. Ademais, há discussão acerca dos possíveis prejuízos que o compartilhamento, nesses casos, possa causar à criança ou adolescente.

3 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Como dito alhures, diante do crescente número de casos de litígio nos divórcios judiciais e dissoluções de união estável cumuladas com discussão de guarda dos filhos, surge a necessidade de aprofundar o debate acerca da efetividade de sua aplicação, bem como das consequências que pode gerar.

Principalmente e em grande parte das situações em que há disputa pela guarda da criança ou adolescente, os genitores, ainda tomados pelas emoções oriundas do rompimento do relacionamento, consoante pondera Núñez, por egoísmo, acabam olvidando o melhor interesse dos filhos, lembrando-se de atender apenas aos seus desejos egocêntricos, chegando ao ponto de cometer a Alienação Parental, com o escopo de atingir seus objetivos pessoais (NÚÑEZ, 2011).

Na definição de Núñez, a alienação parental, nomeada pelo médico psiquiatra Richard Gardner, em 1985, como uma síndrome, ocorre quando o guardião da criança ou adolescente implanta falsas e distorcidas memórias, desfazendo a real imagem do genitor visitante, através

de uma campanha de desqualificação da conduta deste último no exercício da paternidade ou maternidade (NÚÑEZ, 2011).

A Lei de Alienação Parental (BRASIL, 2010, s/n) assim conceitua a síndrome, *ipsis litteris*:

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

Jorge Trindade, acerca da Síndrome da Alienação Parental, equipara o alienador a um abusador e conclui que é “um ladrão da infância, que utiliza a inocência da criança para atacar o outro. A inocência e infância, uma vez roubadas, não podem mais ser devolvidas”. (TRINDADE, 2007, p. 101-111).

Tal prática pode ser tão grave que, muitas vezes, o alienante está tão habituado que passa a não mais distinguir o que é verdade ou mentira, tomando para si a sua versão como verdade absoluta. (NÚÑEZ, 2011).

A psicóloga Silva (2011), explica que a Síndrome da Alienação Parental é uma patologia psíquica gravíssima que acomete a criança cujos vínculos com o pai/mãe-alvo estão gravemente destruídos, por outro que a manipula afetivamente para atender motivos escusos, a fim de manter uma simbiose sufocante entre pai/mãe e filho, como a superproteção, dominação, dependência e opressão sobre a criança ou adolescente, incutindo-lhe insegurança, ansiedade, angústia e culpa.

A Alienação Parental vitimiza não só a criança ou adolescente, conforme declarado por Alan Minas em entrevista concedida à Revista Jurídica Leis e Letras. Registre-se:

Leis & Letras: Quais são as principais vítimas da Alienação Parental?

Alan Minas: Inegavelmente a principal vítima é a criança que se torna órfã de um genitor vivo. Mas, seguramente, todos são vítimas: o genitor alienado, que se vê banido do convívio com seu filho por longos anos, às vezes pelo resto de sua vida; o genitor alienador, que também é vítima de si mesmo, pois vive o tormento de pautar sua vida na obsessão diária de afastar o outro genitor do filho, se ‘apossando’ da criança; e, por fim, toda a sociedade é vítima e vai contabilizar as seqüelas dessa guerra sem vencedores e insana no futuro. Nesse jogo de posse e guarda todos perdem. O próprio termo ‘ter a guarda’ traz em si a equivocada ideia de posse reforçada (ter = possuir; guarda = controlar). Para o genitor doentio, ‘ter a guarda’ é ser dono da criança. A criança não é propriedade do pai nem da mãe. A criança é da humanidade. (MINAS, 2009, p. 14-15)

A guarda compartilhada, por sua vez, quando aplicada em caso de litígio entre o ex-casal, pode evitar a prática de Alienação Parental, vez que, na maioria das situações, quando é

fixada a guarda unilateral, a criança sofre conflito de lealdade em relação ao pai/mãe guardião e ao pai/mãe visitante, como pondera Carla Alonso Núñez, temendo o abandono do guardião caso estabeleça algum vínculo com o visitante, alienado (NÚÑEZ, 2011)

Denise P. da Silva assevera que pais contrários ao compartilhamento da guarda podem manipular emocionalmente os filhos para que criem um sentimento de ódio em relação ao outro genitor, lançando mão de argumentos falsos, mas graves e convincentes o bastante para mobilizar as autoridades e impedir o contato e exercício do poder familiar do genitor alienado (SILVA, 2011).

No mesmo sentido é o entendimento do Desembargador Caetano Lagrasta Neto do TJSP, ao afirmar:

Esse afastamento, nos estágios médio ou grave, acaba por praticamente obrigar a criança a participar da patologia do alienador, convencida da maldade ou da incapacidade do alienado, acabando impedida de expressar quaisquer sentimentos, pois, caso o faça, poderá descontentar o alienador, tornando-se vítima de total abandono, por este e por todos os responsáveis ou parentes alienados. (NETO, 2009, p. 38-48)

Tem-se, portanto, que o filho necessita dos genitores para estruturar a sua personalidade (individualidade) dignamente, e a guarda compartilhada é o mecanismo mais eficaz para inibir a Alienação Parental no seio do núcleo familiar no momento de separação do casal. Isto é, com o compartilhamento da guarda, ambos os genitores terão igualdade de contato e vivência, impedindo assim que o filho seja coisificado, de modo que o acesso à criança ou adolescente deixará de ser utilizado como arma de vingança (NÚÑEZ, 2011).

Nos casos propensos ao acometimento da Alienação Parental, ocorrida especialmente quando há litígio entre os genitores quanto ao compartilhamento da guarda dos filhos, torna-se indispensável a interferência e acompanhamento de psicólogos, visto que, de acordo com o que explicita o psicólogo Evandro Luiz (SILVA, 2011), das situações recebidas em consultório, nota-se que os sintomas não possuem origem pura e simplesmente na separação dos pais, mas na falta que um dos pais faz. Verifica, inclusive, que o afastamento das crianças de um dos pais decorre das desavenças dos pais e do consequente estabelecimento da guarda que não atende às necessidades daquela criança, principalmente.

Isto é, pode-se perceber que a guarda compartilhada, por ter o condão de primar pela aproximação afetiva dos pais separados para com os filhos, estimula a diminuição dos danos psicológicos que o distanciamento decorrente da separação dos pais geralmente provoca nas crianças ou adolescentes. Segundo relato do psicólogo Evandro Luiz (2011), na sua grande *Carpe Diem: Revista Cultural e Científica do UNIFACEX*. v. 16, n. 2, 2018. ISSN: 2237 – 8685. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 3 de Maio de 2018; aprovado em 24 de Maio de 2018.

maioria, os sintomas apresentados são: dificuldades cognitivas, ansiedade, agressividade e depressão.

Ainda de acordo com o entendimento do psicólogo (SILVA, 2011), é de extrema importância a convivência da criança ou adolescente com ambos os pais, para que construa uma imagem de cada um deles por si mesmo. Tal convivência está relacionada, no contexto atual, com o tempo em que os pais e filhos estão juntos, que, embora seja em pouca quantidade, a pretensão é que seja de boa qualidade. Porém, quando isso não ocorre, ou ocorre precariamente, em intervalos irregulares, normalmente a imagem do genitor que não detém a guarda sofre interferência do guardião, influenciada, na maioria das vezes, por sentimento de rancor característico da fase pós-separação.

Entende, desse modo, Evandro Luiz que quando os pais encontram-se em litígio, os problemas de impedimento de contato com o não guardião podem ficar explícitos para o filho menor, pois o próprio termo “visita” é restritivo, conferindo ao guardião uma posição de maior importância, induzindo o afastamento da criança ou adolescente do genitor visitante. Assim, mesmo em litígio, para a psicologia, a guarda compartilhada é a melhor solução para os filhos. (SILVA, 2011)

Não obstante, apesar de se considerar a guarda compartilhada o meio mais apropriado à satisfação do melhor interesse da criança ou adolescente, do ponto de vista psicológico, tal interesse não é somente identificado pelo comportamento observado no dia-a-dia, mas também, e mais firmemente, pelos desejos inconscientes, que sofrem menos influência externa. (SILVA, 2011).

Além disso, esclarece que a ausência de um dos pais que convivia com a criança antes da separação do casal pode gerar sintomas que não se confundem com as estruturas clínicas, mas surgem da sensação de abandono que as crianças ou adolescentes acreditam sofrer, pela falta causada pelo genitor não guardião. Esses sintomas podem ser identificados, por exemplo, no desempenho escolar, pela insônia, ansiedade, aumento da agressividade, indícios de depressão, ou seja, são marcados por algum sofrimento. Para tratar a situação, é necessário acompanhamento psicológico não só pelas crianças, como também os genitores, com o propósito de que consigam separar o conflito do ex-casal, da relação com os filhos (SILVA, E. 2011).

Em resumo, os filhos, crianças ou adolescentes, necessitam ser desejados pelos pais, o que é crível a partir da convivência íntima com ambos os pais, viabilizada especialmente pela *Carpe Diem: Revista Cultural e Científica do UNIFACEX*. v. 16, n. 2, 2018. ISSN: 2237 – 8685. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 3 de Maio de 2018; aprovado em 24 de Maio de 2018.

guarda compartilhada, motivo pelo qual foi instituída como regra no ordenamento jurídico brasileiro. A relação pais e filhos promove a estes últimos a sensação de segurança, permitindo sadio desenvolvimento físico, psicológico, moral, social e espiritual.

4 CONCLUSÃO

Da análise da presente pesquisa percebe-se que fora tratado sobre a guarda compartilhada e o melhor interesse dos filhos, crianças e adolescentes, tratando da discussão atualmente existente no que tange à aplicabilidade da guarda compartilhada no caso de litígio entre os genitores, bem como dos aspectos psicológicos inerentes ao compartilhamento e a sua contribuição para o afastamento dos indícios de alienação parental.

Infere-se, a partir da pesquisa aqui exposta, que a guarda compartilhada, embora seja a modalidade instituída como regra no ordenamento jurídico brasileiro, comporta atualmente inúmeras discussões acerca da sua efetividade nos casos litigiosos, abarcando não só divergências doutrinárias como também jurisprudenciais.

Tal discussão originou-se a partir das constantes alterações sofridas pelas famílias, especialmente pelo crescente número de divórcios e/ou dissoluções de união estável litigiosas envolvendo interesse dos filhos, crianças ou adolescentes. Em muitos dos casos, inconformados com a ruptura do vínculo conjugal, os genitores passaram a usar os filhos como objeto para atingir anseios pessoais, satisfazendo seus próprios sentimentos de ódio e rancor pelo fim da união, esquecendo-se de que os filhos, crianças ou adolescentes, são seres humanos em formação e que necessitam do apoio e participação de ambos os pais para um desenvolvimento sadio.

Diante desse contexto, comumente, um dos pais passa a utilizar os filhos como objeto de troca, sustentando e defendendo o afastamento destes em relação ao outro genitor, geralmente através da guarda unilateral, sob o argumento de que o compartilhamento é impossível dado o clima beligerante entre o ex-casal. Essas situações, quando levadas ao judiciário, culminaram com a divergência de entendimentos quanto à efetividade da guarda compartilhada frente ao litígio dos genitores.

A partir desse estudo, entende-se que, de fato, a guarda compartilhada é a modalidade que melhor se adéqua ao superior interesse dos filhos menores de 18 anos, porém, a análise do caso concreto se faz necessária a fim de que se verifique uma das exceções legais previstas em que é desaconselhado o compartilhamento. Isto é, cabe ao judiciário analisar se ambos os

genitores estão capacitados, não só financeiramente, mas também física, psicológica, social e moralmente, a exercer a guarda compartilhada sem que haja prejuízo aos filhos, ou se algum deles, declaradamente, não pretende a guarda dos filhos. Caberá também ao judiciário verificar se o litígio existente entre os genitores é de tamanha monta que impeça o compartilhamento e este, naquele determinado caso concreto, prejudique profundamente o desenvolvimento da criança ou adolescente. Ou seja, a guarda compartilhada deve ser aplicada como regra, contudo, antes que sua aplicação seja automatizada, é preciso que o judiciário analise as peculiaridades do caso real com cautela, a fim de que seja, de fato, priorizado o interesse dos filhos e não os anseios pessoais do ex-casal.

Entretanto, para que isso seja possível, é imprescindível que haja um auxílio multidisciplinar ao judiciário em todas as discussões litigiosas de guarda, com a finalidade de instruir o juízo com estudos técnicos realizados com o grupo familiar por educadores, psicólogos e assistentes sociais, por exemplo. Importante também que o acompanhamento por esses profissionais não seja restrito a um momento predeterminado em juízo, mas que seja contínuo durante todo o curso processual, buscando remediar os danos resultados do litígio possa ter causado ou até evitá-los.

Conclui-se, portanto, que a guarda compartilhada é a modalidade capaz de resguardar o filho, seja esta criança ou adolescente, garantindo a observância à proteção integral e o melhor interesse de modo eficaz, através da participação conjunta dos pais. De tal modo, as ocorrências de alienação parental tendem a ser minimizadas, pois o compartilhamento dos direitos e deveres inatos ao poder familiar enseja o respeito mútuo entre os genitores. A referida ambiência de responsabilidades destes pais contribui, inclusive, para a diminuição da incidência de alienação parental e, conseqüente, desamor, vez que não haverá o distanciamento entre pais e filhos no compartilhamento da guarda.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. **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/L8069.htm. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Lei que institui e disciplina a guarda compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 1.009 de 2011**. Altera o artigo 1584, §2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada. p. 1-2. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=858734. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.417.868 – MG**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 10/05/2016. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsites/upload/78/STJ%20guarda%20compartilhada%20divergencias%20entre%20os%20pais.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.560.594 – RS (2014/0234755-0) – 3ª Turma do STJ**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgada em 23/02/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/310181090/andamento-do-processo-n-2014-0234755-0-recurso-especial-01-03-2016-do-stj>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.626.495 – SP (2015/0151618-2)**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 15/09/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65214627&num_registro=201501516182&data=20160930&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível nº 20151010038322 – 2ª Turma Cível do TJDF**. Relator: Carmelita Brasil. Julgada em 22/02/2017. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435183891/20151010038322-segredo-de-justica-0003790-6820158070010>. Acesso em: 10 abr. 2017.

- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível nº 20120110129610 - 5ª Turma Cível do TJDF**. Relator: Sandoval Oliveira. Julgada em 11/03/2015. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295417958/apelacao-apl-7875320138220012-ro-0000787-5320138220012/inteiro-teor-295417968>> Acesso: 18 abril de 2017.
- CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHERULLI, Eulice Jaqueline da Costa Silva et al. **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Equilíbrio, 2011.
- DIAS, Maria Berenice et al. **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça Insiste em não Ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LAGRASTA NETO, Caetano. Parentes: Guardar e Alienar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 11, Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2009.
- MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MINAS, Alan. Síndrome da Alienação Parental e a Implantação de Falsas Memórias. **Revista Jurídica Leis & Letras**, ano III, n. 17, 2009.
- OLIVEIRA, Euclides de et al. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, (IBDFAM), 2015.
- SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: O que é isso?.** 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.
- SILVA, Evandro Luiz; et al. **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Equilíbrio, 2011.