



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

Heron Waine Jardim da Costa

**A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA FACE À ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Juiz de Fora - MG

Dezembro de 2013

Heron Waine Jardim da Costa

**A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA FACE À ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo (a) orientador (a): Prof.^a Ms. Livia Barletta Giacomini.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Heron Waime Jardim de Costa

Aluno

A importância do poder compartilhado face à
obediência parental

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Diana Ferraz

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 30/11/2013.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida, e assim poder viver momento como este, com grande alegria e satisfação para buscar novos horizontes.

Ao meu amor, minha Mãe, que sempre esteve ao meu lado dando a maior força nos momentos mais difíceis: minha eterna gratidão, dona “Nilza Maria da Silveira Costa”.

Ao meu filho amado, João Vitor de Paula Costa, razão de toda a dedicação desta empreitada.

À minha ex esposa, Juliana de Paula Costa, pelo encaminhamento ao curso e pela força nas horas de luta e desespero.

Ao meu querido amigo, MARCONI VIEIRA PACHECO, pelo incentivo e suporte na caminhada de conclusão do curso.

A minha orientadora Lívia Barletta Giacomini por ter me proporcionado orientação necessária e corrigir minha monografia, meu profundo agradecimento e votos de especial consideração.

Aos demais professores que, com sua sabedoria ensinaram-me aquilo que era necessário ao aprendizado da ciência do Direito trazendo-me conhecimentos relevantes à prática de nova profissão. Meu cordial agradecimento.

Enfim, a todos, que de uma forma ou de outra participaram desta conquista que hoje realizo, meu muito obrigado, pois sem o apoio deles, não teria conseguido.

“Os filhos não precisam de pais gigantes,
mas de seres humanos que falem a
linguagem e sejam capazes de penetrar seu
coração”.

Augusto Cury

RESUMO

Ocorrendo separação de casais é inevitável o sofrimento, principalmente dos filhos. Quase sempre a guarda dos filhos fica com a mãe, na chamada guarda unilateral. Apesar de muito criticado, infelizmente este tipo de guarda ainda é muito usado, porém, a doutrina e a jurisprudência, a rogo de pais ávidos por uma forma mais equilibrada de convívio com seus filhos, busca através da Lei 12.698/2008 preservar o bem-estar físico e psíquico dos filhos, contando para isto com o instituto da guarda compartilhada. Neste tipo de guarda, pai e mãe compartilham a responsabilidade civil, participando não só dos recursos materiais mas também da educação e afeto dos filhos.

Neste trabalho, busca-se realçar a importância da guarda compartilhada, uma vez que evita o rompimento dos laços afetivos entre pai e filho, o que é comum acontecer na guarda unilateral. Uma vez que a criança mantém contato com ambos os pais, o sofrimento psíquico causado pela separação é minimizado, tanto para a criança quanto para o pai que geralmente é o excluído do convívio com seus filhos.

Palavras chave: alienação, filhos, pais, guarda compartilhada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O valor da Família na Sociedade	10
1.1. Abordagem familiar no Código Civil	10
1.2. Dissolução do Vínculo Matrimonial	12
1.3. Da guarda e proteção dos filhos	13
1.3.1. As diferentes modalidades de guarda	15
1.3.2. Critérios de determinação de guarda	17
2. A Síndrome da Alienação Parental	22
2.1. Abordagem da Síndrome da Alienação Parental	22
2.2. Do Processo Alienatório	23
2.3. Alienação Parental: características, efeitos e consequências	24
3. A importância da guarda compartilhada na lei 11.698/2008	27
3.1. A evolução da guarda na legislação brasileira	27
3.2. A dignidade da pessoa humana frente à Alienação Parental	29
3.3. A importância da nova lei	31
CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

A relevância deste estudo é devida às transformações sofridas pela sociedade ao longo dos últimos anos, principalmente no seio das famílias. A ruptura dos laços conjugais tem revelado grande preocupação da jurisprudência e dos pais quanto ao bem estar dos filhos. Após o desfazimento da sociedade conjugal, forma-se uma nova estrutura familiar, em que a responsabilidade de criação dos filhos menores recai sobre apenas um dos genitores, geralmente a mãe, sem o devido compartilhamento com o pai.

Destarte o genitor alienado, quase sempre o pai, é privado do contato mais íntimo com seus filhos, levando a um enfraquecimento dos laços parentais e a uma ruptura de conservação de seus valores mais nobres.

A adoção do modelo da guarda compartilhada como meio de combate ao instituto da Alienação Parental torna-se necessário, pois revela o profundo malefício que esta síndrome provoca em seus pacientes. Urgente se mostra o clamor que crianças e adolescentes sofrem por parte dos agentes alienantes em conflito com genitores não detentores da guarda.

Surge assim a guarda compartilhada como meio eficaz de proteção às crianças e adolescentes que padecem sem poder manifestar qualquer contrariedade do sofrimento imposto.

Assim é que, levando-se em consideração o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência, propõe-se à análise do instituto da guarda compartilhada contra a alienação parental, cuja importância se revela inequívoca, na medida em que sua existência constitui fato sobre o qual se deparam os operadores do direito, no intuito de melhor adequar o interesse do menor em casos de rompimento do vínculo conjugal.

No capítulo 1 trata-se do valor familiar dentro do Código Civil de 2002, após a dissolução do vínculo matrimonial abordando a importância da guarda de filhos menores e enumerando suas diferentes modalidades de guarda, observando-se os fatores relevantes à determinação do modelo mais recomendado.

No capítulo 2 deste trabalho, o enfoque se refere à Síndrome da Alienação Parental, seu processo de instauração no seio da família alquebrada, suas características,

efeitos e consequências que remetem a um profundo malefício às crianças e adolescentes.

Já no título 3 a abordagem é acerca da guarda compartilhada, sua evolução na legislação brasileira, observando-se o relevante princípio da dignidade humana bem como a importância da Nova Lei, mostrando sua importância a uma maior proteção aos filhos de casais separados para que estes não se sintam rejeitados e ao contrário, tenham a certeza da proteção incondicional de seus pais.

Para a elaboração do trabalho a técnica utilizada foi a da documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias, por meio de consultas de várias fontes, como as doutrinas, a Lei, o Código Civil, e artigos da internet. A presente monografia será dividida em três capítulos, visando concluir sobre o relevante instituto da guarda compartilhada.

1. O VALOR DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE

1.1. Abordagem familiar no Código civil de 2002

Sendo o Direito um produto das necessidades da sociedade, é óbvio que tenha um determinado fim a cumprir. Sua função social faz menção a um texto legal ou constitucional em que todo o ordenamento jurídico em vigor dará frutos aos anseios da comunidade. Não obstante assim também o é com o Direito de Família em que os princípios fundamentais são deduzidos das normas constitucionais, e por isso não exige que a constituição familiar se faça exclusivamente pelo casamento. Considera-se que a estabilidade, a afetividade e a responsabilidade social são as virtudes necessárias à formação dos laços familiares e por isso merece proteção especial da Constituição.

A nova Carta abriu ainda novos horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família (art.226 §§7º e 8º). No tocante ao planejamento familiar, o constituinte enfrentou o problema da limitação da natalidade, fundando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, proclamando competir ao Estado propiciar recursos sociais e científicos para o exercício desse direito. Não desconsiderando o crescimento populacional desordenado, entendeu, todavia, que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, “vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares (art. 226 § 7º)”. (GONÇALVES, 2009, p.17

As alterações introduzidas na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 ressaltou a função social da família a partir da declaração da igualdade entre os cônjuges e dos filhos; disciplina a guarda, manutenção e educação dos filhos menores; obrigações impostas aos cônjuges separados de contribuírem na manutenção da prole dentre outras.

O Código Civil de 2002 trata o direito de família em seu Livro IV da Parte Especial. Com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de

uma realidade auxiliar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à realidade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. (GONÇALVES, APUD PERIERA, 2009, p.18)

Para Waldir Grisard, poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente. (GRISARD, 2010, p.24)

O poder familiar consiste no conjunto de atribuições que os pais detêm relativamente aos filhos, a fim de garantir-lhes uma formação pessoal saudável. Em verdade, não se trata tecnicamente de um "poder", mas do exercício de uma gama de deveres, que habilitam os pais a criar a prole com responsabilidade.

As questões relacionadas aos aspectos existenciais, dentro da dimensão da afetividade, modificaram regras do casamento, dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, proteção dos filhos e do poder familiar, considerados de direito pessoal nas relações familiares.

O artigo 1.565 do Código Civil enseja o princípio da igualdade entre os cônjuges, segundo o qual, homem e mulher assumem condições de companheiros e de responsáveis pela família, a fim de promover o bem-estar de todos, vedando qualquer prática de preconceito entre os cônjuges. Dessa forma a Constituição Federal de 1988 extinguiu a posição privilegiada do pai no exercício do poder familiar e na direção da sociedade conjugal.

È importante salientar que nos segmentos da separação e divórcio consensuais por escritura pública e da guarda compartilhada, alterou-se o texto do Código Civil, por tratar-se da necessidade do legislador estar atento às transformações sociais e familiares, a fim de obter leis mais rápidas e pontuais acerca do Direito de Família

Obedecendo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o texto constitucional em seu artigo 227, caput, foi também amparado pelo Código Civil

em seus artigos 1583 e 1584 para a hipótese da dissolução da sociedade conjugal, em que a guarda dos filhos menores será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la como também fundamenta as condições de guarda compartilhada.

1.2. Dissolução do Vínculo Matrimonial

Na evolução do Direito de Família brasileiro, é impossível não atentar para discussões envolvendo a possibilidade de dissolução matrimonial através do divórcio. Discussões dividiram a sociedade por mais de três décadas até a promulgação da Lei n. 6.515, chamada “Lei do Divórcio”. Desde então a família brasileira experimentou alterações profundas nas relações entre marido e mulher e entre estes e seus filhos.

Com a edição do Novo Código Civil brasileiro, o instituto do Divórcio recebeu grande atenção dos juristas, sendo por vezes muito criticado, seja pela dualidade de procedimentos para dissolver o casamento (separação e divórcio), seja pela ressurreição da chamada “separação remédio”, ou ainda pela necessidade de se identificar um culpado pela separação.

O certo é que a discussão sobre o tema ainda continua. Se por um lado o legislador busca nova fórmula de adequar o Divórcio aos anseios da sociedade, por outro lado o Código Civil continua recebendo críticas de setores mais conservadores contrários às alterações ocorridas no Direito de Família, principalmente em relação às consequências que a dissolução matrimonial produz. O que se vê nas famílias desconstituídas é infelicidade, remorso de consciência, filhos traumatizados, vidas desfeitas e problemas psíquicos. Onde deveria haver amor e afeto, encontra-se divisão e suspeitas.

O artigo 1571 do Código Civil tem em sua redação não só a aceitação, como também os meios da dissolução do vínculo conjugal.

- Art. 1571 CC/02 – A sociedade conjugal termina:
- I – pela morte de um dos cônjuges;
 - II – pela nulidade ou anulação do casamento
 - III – pela separação judicial
 - IV – pelo divórcio

Com base em dados estatísticos Fábio Ulhôa Coelho (2011, pp 107 – 114) introduz o debate sobre a dissolução conjugal em que de quatro casamentos realizados no Brasil, um termina com o advento do Divórcio.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional n.66, em julho de 2010, o Direito de Família foi alterado, pois passou a aceitar o fim do vínculo matrimonial pelo Divórcio sem a necessidade da separação judicial ou de fato. Tal norma eliminou a condição da separação se fazer necessária para a dissolução matrimonial. Assim o divórcio pode ser celebrado de duas formas: judicial e amigável. Fábio Ulhôa Coelho define o divórcio amigável assim:

O divórcio amigável processa-se por declaração convergente dos cônjuges, manifestada perante o juiz, ou, se não tiverem filhos menores ou incapazes, por escritura pública, independentemente de tempo de duração do casamento. (ULHOA, 2011, p.113)

A separação dos pais, independente de serem casados ou não, determina o exercício separado da autoridade parental. O desenlace, não provoca em si modificações entre os sujeitos da guarda dos filhos menores ou incapazes, mas estabelece uma nova forma de se vincularem. Porém os poderes de guarda familiar serão desiguais entre aquele cônjuge que guarda consigo o filho e aquele que terá momentos limitados de visitação, enfraquecendo o laço afetivo.

1.3. Da Guarda e Proteção dos Filhos

Conforme ensina De Plácido e Silva (2007, pp.356-366), guarda exprime proteção, vigilância, observância ou administração, sendo especificamente a guarda de filhos “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, nesse sentido tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”. (vocabulário jurídico, pp. 356-366)

Dos diversos ambientes de atuação do Direito de Família, a guarda de filhos não foi sistematicamente contemplada, a ela se referindo tão somente como dever comum

dos pais, como resultado essencial do casamento – igualmente aplicáveis aos filhos extramatrimoniais reconhecidos.

Mesmo sendo difícil de apropriar um conceito unívoco ao instituto da guarda, Guillermo A. Borda compreende que esta seria o direito consistente na posse do menor, oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação aos filhos. (BORDA, 1993, p.148)

O Código Civil de 1916, informando sobre a dissolução da sociedade conjugal e orientando a proteção dos filhos, definiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial, obedecendo a primeira o que os cônjuges acordarem sobre a guarda, e pela segunda conforme a culpa de cada um ou de ambos os pais pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos.

Com o surgimento da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), conservou-se o sistema vigente com algumas adaptações a fim de regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Assim era:

Na dissolução da sociedade de forma consensual (art. 4º), observar-se á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos menores (cf. art.9º).

Nas dissoluções não consensuais (art. 5º), ou seja, aquelas em que se faz necessária a intervenção do judiciário, o destino dos filhos menores obedecerá às peculiaridades de cada uma de suas modalidades, sendo que como estipula o art.5º da lei do Divórcio, os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa (cf.art.10, caput).

Assim, quando da ruptura dos laços conjugais for de responsabilidade de ambos os cônjuges, os filhos ficarão com a mãe, a menos que o juiz entenda não ser conveniente para o desenvolvimento do menor conforme art.10 §1º. Já por outro lado, preceitua o art.10 § 2º, que, se o magistrado perceber que a guarda não deve ser atribuída a nenhum dos cônjuge, poderá determiná-la a outra pessoa de índole idônea da família de qualquer um dos cônjuges. E o art.12 da mesma lei estabelece que os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação, obedecendo o que prima o § 2º do art. 5º, em que, quando algum dos cônjuges for acometido de doença mental grave irreversível, o juiz determinará a sua guarda ao outro genitor.(GRISARD, 2010,p.61)

Pela lei brasileira atual, a guarda dos filhos menores é tratada como dever comum dos pais, pelos motivos de convivência destes com aqueles. Diversos são os

dispositivos que tratam da guarda de filhos menores atualmente, como os arts. 1566, inc.IV e 1634, inc.II do Código Civil; arts.9 a 16 da Lei n. 6515/77; arts. 33 a 35 da Lei 8.069/90 entre outros. Dessa forma, a guarda não se define por si mesma, mas tão somente através dos elementos legais que a asseguram.

Torna-se fundamental considerar o valor jurídico do cuidado dos filhos após a dissolução conjugal, em função do desenvolvimento físico, psíquico e intelectual das crianças e adolescentes. Dessa forma a guarda deve ser considerada sob uma perspectiva da criança ou do adolescente de um processo definitivo dos contornos em que ela deverá ser praticada, não se admitindo que além do desfalecimento do convívio dos pais, os efeitos da dissolução sejam motivo de rejeição, de solidão, falta de diálogo, de comunicação e de amor entre os pais e filhos. Mesmo entre pessoas que não se uniram familiarmente, mas que tiveram filho em comum, é dever observar a mesma perspectiva para o melhor interesse da criança.

Após a dissolução da união conjugal, existe uma redistribuição dos direitos e deveres dos que detém a autoridade parental, e por isso mesmo se torna impossível fisicamente o exercício conjunto das atribuições enfeixadas no pátrio poder. Em virtude disso, o Código Civil estabeleceu em seu art. 1.588, *que o pai ou a mãe, em cuja a guarda não estejam os filhos, poderá visita-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.*

1.3.1 As modalidades de guarda

Na doutrina atual, a guarda de filhos menores é reconhecida por várias modalidades. Waldyr Grisard Filho (2010 p.84) aponta as principais dentre os diversos modelos da guarda.

A “guarda comum ou delegada” é também chamada de guarda originária, é aquela em que o exercício é dividido igualmente, integrada no poder familiar como um direito-dever consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, com o objetivo de educar e formar o menor. Decorre da paternidade e da maternidade, devendo ser mantida em caso decisão dos cônjuges, através do compartilhamento. E

quando os pais não convivem, atribui-se ao juiz a responsabilidade de fixar a guarda do filho menor. (GRISARD, p.84, 2010)

Já a guarda derivada é aquela que advém da lei e corresponde àquele que exerça tutela do menor (artigos 1.729 a 1.734), seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo assim o Estado, sua função social. (GRISARD, p.85,2010)

A “guarda de fato” se estabelece por meio de decisão própria de uma pessoa que toma a criança sem nenhuma atribuição legal ou judicial, mas sem dispor de nenhum poder de autoridade, mas por outro lado com todas as obrigações devidas da guarda desmembrada como a assistência e educação. O vínculo que se estabelece só será desfeito mediante decisão judicial e sempre obedecendo a máxima do melhor interesse do menor. (GRISARD, p.86, 2010)

Na “guarda provisória e peculiar” a primeira figura, também chamada de guarda temporária é aquela que advém da necessidade de atribuir a um dos genitores a guarda do menor, no processo de dissolução do vínculo conjugal. Configura-se como medida provisória, a fim de objetivar-se a sentença da demanda, depois de cuidadoso critério para definição da guarda ao genitor mais apto. Porém, esta, pode a qualquer tempo ser modificada, mediante ato fundamentado do juiz, por que a concessão não faz coisa julgada. Com previsão no art. 33,§ 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda de menor pode ser concedida a um representante em falta dos pais. Trata-se da guarda peculiar que poderá ocorrer quando os pais encontrarem-se fora do local onde deveria estar para praticar o ato em benefício do menor.

Como já visto a guarda de menores pode ser atribuída a particular com determinação judicial. (GRISARD, p.86, 2010).

No mesmo sentido pode a guarda ser efetivada a órgãos técnico-administrativos de proteção. A partir do advento do Código Civil de 2002, quando o juiz verificar a não possibilidade de resguardo da criança ele poderá efetivá-la à pessoa que revele compatibilidade com o interesse do menor, tendo em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade entre os dois. A guarda por terceiros obriga este à assistência material, moral e educacional, garantindo-lhe o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais, que manterão a obrigação, v.g., de alimento. A fim de garantir ao menor seus direitos fundamentais a Constituição Federal prevê em seu art. 227 a obrigatoriedade do Estado em suprir-lhe um protetor legal. Nessas condições a guarda também pode ter finalidade previdenciária, uma vez que a lei assegura ao menor a

condição de dependente para todos os efeitos de direito, insculpidos no Estatuto da Criança e Adolescente. (GRISARD, p.87, 2010)

Tanto na união estável como no matrimônio o processo de formação dos filhos cabe à autoridade dos pais, porém mesmo com a dissolução do vínculo conjugal tal poder não se perde.

Apesar de não afetar os direitos e deveres dos pais, na dissolução da união, há um desdobramento da guarda porquanto a um cabe o poder de guarda e ao outro, tão somente a visitação, que fica impedido do amplo exercício do seu direito. Ao que é destinada a guarda material, tem o filho em sua companhia, em exercício de posse e vigilância, dirigindo-lhe as bases da educação e decidindo suas questões mais íntimas, cabendo ao outro o poder de fiscalizar as decisões tomadas pelo detentor da guarda. (GRISARD, p. 87,88, 2010)

Assim, a guarda jurídica é exercida à distância pelo não guardador e a guarda material, com previsão no art.33 §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, forma-se por aquele que convive diariamente com o filho, dessa forma exerce todo o poder parental em sua extensão.

No modelo de guarda de filhos de forma alternada, tanto a jurídica como a material, é destinada a um dos genitores, determinando alternância na convivência do menor com seus pais. Durante o período de tempo destinado a um dos pais o menor deverá residir na sua casa, atribuindo a este a totalidade dos direitos-deveres do poder parental. Este modelo fere diretamente o princípio da continuidade, imprescindível ao bem estar do menor. E por isso não é a mais recomendada quando o que se quer é o melhor interesse do filho. (GRISARD, p.91, 2010)

1.3.2 Critérios de Determinação da Guarda

Estando a família unida, nada há que se falar em guarda de filhos menores ou incapazes. Direitos e deveres dos pais em relação à prole são divididos de maneira ao bem da própria família, observando-se assim o que ambos determinam aos filhos e a si próprios.

Conforme já preceituava Francisco Cavalcante Pontes de Miranda: “ A natureza da relação entre os filhos e os pais casados é tal que, no caso de desquite, se põe o problema de se saber qual o destino que se há de dar aos filhos comuns. Enquanto juntos, a lei regula (ou deixa às normas éticas regularem) os direitos e os poderes dos cônjuges”. (PONTES DE MIRANDA, F.C.1939,s/p).

Mas aos primeiros momentos advindos da dissolução conjugal, nasce um grave e profundo problema para os filhos, que a partir daí não mais continuarão a viver com ambos os pais. Dissolvida a relação conjugal, a prioridade passa a ser o bem estar dos filhos menores, sobrepondo-se aos interesses de seus pais. Com a ruptura da relação matrimonial, as funções parentais tornam-se divididas e as decisões sobre o destino dos filhos menores torna-se unilateral, cabendo àquele que discordar e que não detém a guarda, recurso no judiciário.

O conflito conjugal, atinge os filhos quando estes se tornam objeto de disputa pelos pais, já que não podem ser salomonicamente divididos, conferindo aos pais limitar suas pretensões, repartindo o tempo, as atitudes, as atenções, os cuidados de forma a preservar a corresponsabilidade parental, já que os filhos seguem sendo filhos e os pais sendo pais.

Quando a dissolução se dá de forma consensual, o destino dos filhos é regulado pelo acordo entre os pais, sujeito a recusa pelo juiz, se este entender não ser de inteiro benefício do menor. Pode também o magistrado determinar a guarda dos filhos menores a terceiro, se entender que estes encontram-se melhor amparados por pessoa que revele compatibilidade com a medida, levando-se em conta o melhor interesse do menor, conforme o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade.

O interesse do menor: quando da determinação da guarda, existem interesses individuais e concretos que necessitam da intervenção do juiz para a proteção aos valores materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais dos filhos menores, remanescentes do fim do casamento. A fim de lograr êxito no desenvolvimento do menor e em sua estabilidade de maneira que sua personalidade não retenha as intempéries da separação de seus pais, o magistrado deve atentar para o melhor interesse do menor.

Mas, apesar de necessário a observação do que o menor deseja, está insculpido em nosso ordenamento jurídico pelo art. 1.586 do Código Civil, que o juiz tem a liberdade de determinar a guarda da forma que julgar mais conveniente: “havendo

motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”¹. Tal fundamento se baseia na pessoa do menor detentora do direito à proteção, assistência e educação. Dessa forma a interpretação judicial é a primeira prerrogativa que o magistrado tem para determinação de quem será o detentor da guarda dos filhos menores.

Porém, o que a jurisprudência e a doutrina tem assentido, no que tange à guarda de filhos, é a possibilidade precípua da justiça para considerar o que o menor tem como interesse pessoal. Assim o interesse do menor deve sobrepor a qualquer motivo ou circunstância, do pai ou da mãe, para obtenção da tutela da prole, configurando critério básico na determinação da guarda.

O desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a afetividade e ou indiferença a algum de seus pais, como também as condições materiais e morais serão alguns dos elementos norteadores para que o juiz construa e confirme o melhor interesse do menor.

Idade e sexo: ao observar com quem irá ficar com a guarda do filho menor a justiça deve ter o cuidado de considerar a idade e o sexo da criança, apesar de não previsto na lei. Isto por que, v.g., no caso da tenra idade, a criança tem necessidade da presença materna, visto que nessa etapa da vida a personalidade se desenvolve por instintos e não por uma valoração do juízo em relação aos pais, além é claro da necessidade da amamentação.

O “perigo maior”, adverte Eduardo de Oliveira Leite, “continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe ‘naturalmente’ boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, ‘as mulheres são mais mães do que os homens, pais’. LEITE, E.O. Famílias Monoparentais, 1997, p. 200

O que se considera é o que melhor interessa ao desenvolvimento da criança. Seguramente existirão situações em que será necessário a presença imediata do genitor do mesmo sexo, pois podem ocorrer momentos que dependerão da solução que este

¹ Rt, v.498, p.106

genitor dará ao caso. Podemos citar como exemplo, a questão da educação sexual aos adolescentes que será melhor assimilada por aquele que é do mesmo gênero.

A opinião do menor: indubitavelmente torna-se necessário a ouvida do menor acerca de sua vontade quanto a com quem quer ficar, se com o pai ou com a mãe. Não é difícil compreender que tanto um quanto o outro genitor tende a seduzir o desejo do filho sobre essa decisão. Daí a importância de se tomar a opinião do menor, conforme sua idade e seu grau de maturidade. Porém é critério que na prática alguns juízos entendam apropriado ouvir os filhos menores, mas exigir que estes façam a escolha, nunca.

Eduardo de Oliveira Leite (1997, p.206) expressa sua concordância em ouvir o menor da seguinte forma “tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento da criança, nada impede sua participação no processo sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem”.

Observa-se que não se trata de compelir a criança em dar testemunho em desfavor de qualquer dos genitores nem incumbi-la de escolha, mas tão somente permitir que o magistrado obtenha através da ouvida do menor, elementos investigatórios sobre o ambiente social em que vive como também a carga de afetividade que recebe dos pais.

O Comportamento dos pais: além do mais importante critério a ser observado acerca da guarda (o interesse do menor), outros princípios integram o embasamento de tal interesse, a ser observado pelo juiz. Dentre eles está a conduta dos pais que enseja condições materiais e morais. Quando tais condutas se revelam imorais, ilícitas ou mesmo reprováveis, deve ser desaconselhável a relação do genitor em questão com o menor, em nome do favor filii, visto que o filho está ainda em formação.

Conforme preleciona Bittencourt (1984, p.70-73) “os pronunciamentos sobre guarda de menor devem atender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfeixadas nos seguintes pontos: o interesse da criança, as condições e o comportamento dos pretendentes à guarda e a alterabilidade desta a qualquer tempo”, além de afirmar que “não podem ser investidos nem mantidos na guarda do menor o pai, mãe ou terceiro de comportamento irregular e censurável”.

Entende-se que o que importa em matéria de guarda de filho menor é o bem-estar deste e não as conveniências e preferências de quem tem a guarda.

Outro ponto importante a ser observado sobre a guarda é a separação de irmãos, já que tal determinação só traria enfraquecimento da união entre eles. Porém, sendo os

irmãos com diferença grande de idade, não constitui razão a tal argumento pelo fato de que ambos estão em estágio diverso de desenvolvimento e assim recomenda-se um amplo regime de visitas.

2 A SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1. Abordagem da Síndrome da Alienação Parental

Dentre todos os princípios insculpidos no ordenamento jurídico, o mais importante e abrangente de todos os mecanismos judiciais constitucionais que tutelam a proteção estatal ao ser humano, sem dúvida que é o da dignidade da pessoa humana, conforme se percebe do art.1º, III e art.227, §7º:

É dever da família (...) assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, dignidade e respeito, liberdade familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tal princípio, não só refere-se à prática do estado juiz em relação à proteção do ser humano, como também de um objetivo a ser atingido. Revela-se como uma ferramenta ensejadora de atos que desestimulem os atentados à dignidade do homem, mas que antes tem o dever de direcionar o Estado a promovê-la, garantindo a essência humana no direito brasileiro.

Os princípios constitucionais introduzidos na carta de 1988 modificaram o panorama de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que passou a se assentar na Dignidade Humana, e que alterou profundamente a interpretação da lei. A constitucionalização do Direito Civil e a prerrogativa dos Direitos Humanos consagrou o fundamento do Estado Democrático de Direito conferindo ao cidadão respeito e dignidade frente ao positivismo até então empregado.

No momento atual da sociedade, laços matrimoniais são construídos e desconstruídos com uma facilidade cada vez mais perceptível, resultando em conflitos de dimensões profundas e muitas das vezes atingindo aqueles que deveriam ser o objeto de proteção dessas relações. Em seu livro: Incesto e Alienação Parental Maria Berenice Dias pontua:

Todos se curvam diante do mito da família feliz. Não há quem duvide que o “lar, doce lar” é um ninho de amor e proteção. A vida sacralizada da família leva sua idealização e crença, que com o casamento todos serão felizes para sempre(...) Ninguém acredita que o amor acabe, que separações aconteçam. E com o fim da união sobram mágoas, ressentimentos e um enorme desejo de vingança. (DIAS, 2010,s/p)

Diante de tais assertivas e ponderações, pode-se entender o mecanismo que leva o genitor a cometer a Alienação Parental. O ressentimento, a mágoa, o egoísmo, são sentimentos que invariavelmente levam o genitor, detentor da guarda, à prática da Alienação. Daí se inicia todo o processo da Síndrome que culmina no desenlace familiar entre o menor e o genitor alienado.

2.2. Do Processo Alienatório

Após a dissolução do vínculo conjugal, quase sempre nos casos de separação judicial, a guarda de filhos menores torna-se objeto de disputa entre o casal e não raro o que se vê é aquele que detém a guarda do menor aliená-lo da convivência com o outro genitor, incidindo assim em violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, negando dessa forma o princípio do melhor interesse da criança.

Como consequência dessa atitude do genitor alienador, o que se vê é um desenvolvimento de imagem negativa na mente da criança, afastando-a traumáticamente do convívio do genitor alienado e de sua família. Assim, os menores são as principais vítimas dos conflitos da união mal sucedida. Quase sempre nos casos de alienação, o genitor detentor da guarda cria uma imagem detestável na cabeça do menor, alegando para esta um suposto abandono do genitor não detentor da guarda.

Dessa forma o menor desenvolve um sentimento de rejeição ao não guardião, constatando-se a Síndrome de Alienação Parental (SAP), assim definida:

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o

que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 2009, p.2).

Tal comportamento por parte do alienador (quase sempre, a mãe, por deter primariamente a guarda do filho menor), tornou-se comum e teve sua conceituação por Richard Gardner, professor da Universidade de Colúmbia, Estados Unidos, definindo-a como: “a prática de programar uma criança para que odeie o outro genitor sem qualquer justificativa”. (GARDNER APUD DIAS, 2010, s/p).

Em muitos casos o detentor da guarda relata à criança casos mentirosos, como o abuso sexual, levando por vezes a criança a acreditar que o que lhe foi contado é verdade, confundindo a realidade dos fatos com falsas memórias, como salienta Maria Berenice Dias.²

2.3. Alienação Parental: características, efeitos e consequências

Prevista na lei 12.318 de 2010 bem como na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Alienação Parental caracteriza-se pela interferência negativa na formação psíquica do menor a fim de repudiar a pessoa do genitor não detentor da guarda e causar prejuízo ao estabelecimento e viabilidade do vínculo com este e sua família (art.2º da Lei de Alienação Parental).

A lei é clara quanto à proteção do convívio do genitor e o filho. Caso o alienador tente de alguma forma manipular e interferir em tal bom convívio a lei diz em seu artigo 6º:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da

² DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=463>>. Acessado em 25 de out. 2013

ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II- ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III- estipular multa ao alienador;

IV- determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V- determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI- determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII- declarar a suspensão da autoridade parental

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Interessante frisar que o legislador não restringiu a autoria apenas aos pais, mas a qualquer outra pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Percebendo a ocorrência da Alienação Parental, o juiz deverá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial, a fim de averiguar através de exames, a ocorrência de atos desestimulantes ao convívio, mesmo que eventuais, ou relacionados à manutenção do vínculo familiar ou para formular dados que requeiram sua intervenção, quando necessário.

A Alienação Parental é condição capaz de produzir consequências muito negativas, tanto no cônjuge alienado como ao genitor alienador. Mas seus efeitos mais perversos são direcionados aos próprios filhos. Difundida na cabeça do menor, a Alienação Parental, pode produzir sequelas que perdurarão para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos negativos, incute na mente do menor vivências contraditórias na relação entre os pais e, além disso cria imagens distorcidas das figuras paternas e maternas³.

Os efeitos prejudiciais que a de Alienação Parental provoca nos filhos, variam de acordo com a idade da criança, com as características de sua personalidade, com o tipo de vínculo anteriormente estabelecido, e com sua capacidade de resiliência (da criança e

³ SILVA, Perissini da; MARIA, Denise. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental, O que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

do cônjuge alienado), além de inúmeros outros fatores, alguns mais explícitos, outros mais recônditos.

Tais efeitos podem aparecer na criança sob forma de ansiedade, medo e insegurança; isolamento; tristeza e depressão; comportamento hostil; falta de organização; dificuldades escolares; baixa tolerância á frustração; irritabilidade; transtorno de identidade ou imagem; sentimento de desespero; culpa; dupla personalidade; inclinação ao álcool e ás drogas; e em casos mais extremos, ideia ou comportamentos suicidas. (DIAS, 2010, p 25)

Porém, numa sociedade que aceita as patologias do corpo, mas não os problemas da existência, á única via possível de expressar os conflitos emocionais se dá em termos de enfermidade somática e comportamental.

Muitos filhos ao perceberem que tudo o que vivenciaram foi por interesse do alienador, podem manifestar, até mesmo judicialmente, declarando que querem ir morar com o pai/mãe (alienado excluído), para tentar retomar o vínculo que havia sido destruído. Ocorre que pode ser tarde demais e ambos são prejudicados, pois perderam o elo de afetividade, não tão fácil de ser recuperado.

3 A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEI 11.698/2008

3.1 A Evolução da Guarda na Legislação Brasileira

Segundo estabelece a Constituição Federal em seu artigo 229, em que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, enseja o principal dispositivo legal para dar suporte ao instituto da guarda compartilhada.

Nessa modalidade, os pais dividem entre si a responsabilidade e compartilham as obrigações do interesse do filho menor, diminuindo a carga de afazeres da educação da criança e o conseqüente impacto da ansiedade e do estresse dos filhos pela distância de um dos genitores. Nesse sentido dispõe Ferreira:⁴

A Guarda Compartilhada é um modelo inovador, expressado pelo convívio diário, da criança com ambos os pais, após a separação. Todas as situações e decisões são compartilhadas. Nestes casos, o judiciário entende que deva existir um requisito primordial para o sucesso: boa convivência entre os pais.

O modelo de guarda que era adotado pelo ordenamento jurídico, antes da Lei 11.698/08, sempre fora o da guarda unilateral, em que, após a dissolução da convivência entre o casal, a guarda seria atribuída a um dos genitores, cabendo ao outro a responsabilidade de fiscalizar as determinações do detentor da guarda material e física.

Com a evolução do Direito de Família e atendendo às necessidades dos menores em manter o convívio direto com ambos os pais, a Nova Lei traz a possibilidade de garantir um melhor desenvolvimento da criança, através da Guarda Compartilhada.

A escolha desse modelo de relacionamento para o casal com seus filhos é consequência da falência do modelo patriarcal centrado na falta de diálogo. Por isso deve ser sempre cogitado como opção alternativa às soluções tradicionais e imutáveis: a guarda com a mãe, os alimentos com o pai. (GRISARD, p. 162).

⁴ Ferreira, Anna Luiza A. **AGUARDA COMPARTILHADA AOS OLHOS DOS TRIBUNAIS**. Disponível em: www.aleitamento.com/a.artigos.asp?id=x acesso em: 10/11/2013

Nesse passo, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus pais, pois “mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”. (LEITE, 1994 p.261).

Registre-se ainda, julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que admitiu a guarda compartilhada entre os pais e a avó materna, em acórdão assim ementado:

Guarda e responsabilidade de menor postulada pela avó materna. Concordância dos genitores que detêm o poder familiar. Posse de fato dos pais. Guarda compartilhada da avó que passa alguns períodos com a neta.⁵

Assim, a despeito do pequeno percentual de situações de guarda compartilhada em 2002, a jurisprudência brasileira vinha paulatinamente, admitindo a possibilidade da instituição da guarda compartilhada e, para evitar as disparidades de interpretação das normas jurídicas de Direito de Família, o então Deputado Federal Tiden Santiago apresentou o Projeto de Lei nº 6.350/2002, para dar nova redação aos artigos 1.583 e 1584 do Código Civil, conforme proposta a seguir transcrita:

Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1.583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

Art. 1.583. [...]

§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.

Art. 3º O art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.

⁵ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apel. Cível nº 2005.001.20632**, 17ª Câmara Cível, rel. Desembargador Raul Celso Lins e Silva

§ 1º A guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre o melhor interesse da criança.

O autor do projeto que deu origem à mudança nos artigos acima apresentados, esclarece que: “a noção de guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária”.⁶

3.2 A Dignidade da Pessoa Humana frente à Alienação Parental

Os princípios constitucionais são os pilares sobre o qual assenta todo o ordenamento jurídico do sistema constitucional brasileiro, o que determina sensível inteligência na maneira de interpretar a lei. Das diversas transformações que foram levadas a efeito, muitas, são resultados da identificação dos direitos humanos como valor básico da pessoa humana, a propiciar o conseqüente desdobramento da esfera de direitos merecedores de proteção.

O princípio da dignidade humana é o mais abrangente de todos os princípios constitucionais, posto que, dele sobressaem todos os direitos humanos. Este, não trata somente de um limite à atuação do Estado Juiz, mas também de um objetivo a ser atingido. Não visa apenas abster-se de praticar atos atentatórios à dignidade humana, mas tem o dever de promovê-la, garantindo a essência humana do próprio direito democrático brasileiro. Dessa forma, o professor Fernando Capez ensina:⁷

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo

⁶ Projeto de Lei nº 6.350, de 2002, Diário da Câmara dos Deputados, 10/4/2002, p 14793 Apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, p247, 2008.

⁷ <http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=59> consultado em 20/11/2013 Berenice Dias, Maria Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. Editora Revista dos Tribunais, apud CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte geral. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009 .

pluralismo político e liberdade de expressão das ideias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana.

A separação da criança do ambiente familiar anterior à dissolução conjugal, traz a sensação de insegurança e desamparo, que o alienante provoca ao dificultar o convívio do menor com o outro e sua família.

Nesse sentido Maria Berenice Dias consagra o princípio da prioridade absoluta da proteção ao menor, relacionando-o com o estado vulnerável e frágil em que os menores de 18 anos se encontram, gozando assim de uma especial atenção. (DIAS, p.65, 2007).

Da mesma forma a doutrina pátria também discorre sobre tal princípio, como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ao afirmarem que "...em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes no seu meio." ⁸

A alienação resulta da posse exclusiva em que um dos genitores exerce sobre o menor, como consequência, do alienante obter somente para si o amor dos filhos ou em muitos casos, do ódio que o genitor alienante mantém pelo alienado, após a separação, e até mesmo chegar a julgar que o outro genitor não é digno do convívio com seu filho.

Outro fator expressivo que leva à alienação é a depressão, assim como a dificuldade de relacionamento entre os pais, as adversidades, os meios de vida diferente e o fator econômico.

Todos esses mecanismos são resultado de uma atitude imatura e egoísta trazendo como consequência, a perda do conluio familiar existente entre o genitor e o filho. O alienante prejudica o alienado, vitimando a criança e o alienado, gerando como consequência, o afastamento total da convivência da criança com o outro.

A ideia de dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Só é sujeito de direitos a pessoa humana. Os direitos humanos fundamentais são o "mínimo existencial" para que possa se desenvolver e se realizar. Há, ademais, uma hierarquia natural entre os direitos humanos, de modo que uns são mais existenciais do que outros. E sua lista vai crescendo, à medida que a

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil. Direito de Família**. 2Ed., São Paulo: Saraiva 2012

humanidade vai tomando consciência das implicações do conceito de dignidade da vida humana.⁹

Sendo o direito à vida o mais básico e fundamental dos direitos humanos, não pode ser relativizado, em prol de outros valores e direitos. Sem vida não há qualquer outro direito a ser resguardado.

Assim, reza Immanuel Kant (1986, p. 77);

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.¹⁰

Assim, temos a pessoa humana como valor e a dignidade humana como princípio absoluto, que deve prevalecer sob qualquer outro princípio, portanto, o ordenamento jurídico deve respeitar sobretudo a humanidade e a sua dignidade, sob pena de ser considerada inconstitucional.

3.3 A Importância da Nova Lei

O artigo 1583 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao exercício familiar dos filhos em comum”.

Um novo modelo passou a ser utilizado nas varas de família, com base na ideologia da cooperação mútua entre separados e divorciados, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado dos filhos havidos em comum para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente para os filhos. (GONÇALVES, 2009, p.268)

Com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90), o legislador reafirma o compromisso assumido na Carta Maior de estabelecer a prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente.

⁹ Disponível em: <http://www.comunidadeconica.com.br/Artigos/5778.aspx>. Acesso em 12/11/2013

¹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela, 1986, p.77

Em seu artigo 4º, § único e incisos seguintes, o ECA pontua o que se compreende por garantia de prioridade:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A lei 11.698/2008 chega em boa hora, assegurando a ambos os pais a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC. art.1.589). Ambos os pais persistem com todo complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa, se agirem, dolosa ou culposamente (ECA, art. 249).¹¹

Com a expressa previsão legal da guarda compartilhada, fica garantido um amplo esquema de convivência, contato e comunicação entre os pais e filhos, muito embora um deles não mantenha vida em comum.

O exercício compartilhado da guarda obrigará os pais a conciliar e harmonizar suas atitudes pessoais a favor do bem estar dos filhos, afirmando a coparentalidade e o direito de serem criados e educados por ambos os pais em condições de plena igualdade e com eles manter relações pessoais e estreito contato direto. O envolvimento dos dois pais na criação dos filhos garante a eles forte estabilidade psicológica. O mais importante para a nova lei ao instruir e disciplinar a guarda compartilhada como modelo preferencial é promover o rompimento da cultura adversarial pela posse do filho, eliminando a possibilidade de existir ganhadores ou perdedores, logrando proclamar um único vencedor: o filho.(GRISARD, 2010, p.193)

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma situação para os novos tempos**. Revista Consulex nº275, p.26, publicada em 20/06/2008.

Trata-se de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. A questão deverá ser analisada, caso a caso, incluindo-se todos os interessados, de modo que se chegue à solução que mais beneficie os menores, sem no entanto, afastar o convívio com nenhum dos pais genitores a fim de que nenhum deles negligencie a criação e educação de seus filhos. Dessa forma, sempre que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos a guarda compartilhada deve ser indicada.

Mesmo sem confirmação científica conclusiva, a guarda compartilhada apresenta vantagens e reforçam a ideia da melhor forma de educação de filhos à distância.

A guarda compartilhada atribui a ambos os pais a guarda jurídica, uma vez que exercem igualmente os direitos-deveres dos filhos.

Ocorrendo a cooperação entre si, os pais não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais, ajudando a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, ajustando-os emocionalmente.

A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade- a necessidade de escolher entre seus dois pais. O filhos, querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro. Na realidade, é necessário ser observado as peculiaridades de cada caso, porém, sem dúvida que para o melhor êxito da guarda compartilhada é necessário que ambos os pais residam na mesma localidade e que desenvolvam um diálogo constante em relação aos anseios do menor e sobre importância da manutenção da guarda compartilhada como meio de combate ao fantasma da alienação parental.

CONCLUSÃO

Em meio a tantas transformações ocorridas na sociedade brasileira, a Guarda Compartilhada é mais um mecanismo de democracia que vem para diminuir as desigualdades familiares que ocorriam em modelos anteriores, no caso de casais separados ou divorciados que têm filhos em comum.

Naturalmente é vontade de todos, pais e mães, manter contato e relação de afetividade com seus filhos, mesmo depois da dissolução conjugal, pois vincula-os a uma relação familiar que é vantajosa para a criança/adolescente ao trazer-lhe segurança e sensação de bem estar.

Nesse modelo de guarda o desejo deve ser o interesse da criança, indispensável ao seu desenvolvimento emocional e psicológico. A importância da norma é acabar com as desigualdades em relação à guarda dos menores, diminuindo a distância entre o genitor não detentor da guarda e seu filho, já que privilegia o interesse do menor e busca a convivência continuada com seus pais, fundamental para o bem estar físico e mental da família.

Tal modelo de guarda deve ser observado sempre como primeira alternativa, mas não como a única recomendada, visto que, mediante o caso concreto exista a necessidade de fixação de outro tipo de guarda. A responsabilidade parental não pode ser uma imposição, mas sobretudo um direito de vida da criança.

Na guarda compartilhada, as tarefas de educação dos menores, o período de convivência com seus pais e a manutenção familiar a bem da criança é de responsabilidade dos pais e sobretudo direito dos filhos além de prevenir o surgimento da Alienação Parental.

Mesmo inexistindo a relação amorosa entre pai e mãe, a relação constante com seus genitores lhe garante a sensação de bem estar, imprescindível na composição de seu caráter e sua personalidade.

REFERÊNCIAS

BORDA, Guillermo A. **Família. Tratado de Derecho Civil.** 9ª ed. Buenos Aires: 1993

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos.** São Paulo: Universitária do Direito, 1984

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011

De PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma situação para os novos tempos.** Revista Consulex. nº275, p.26. publicada em 20/06/2008

FERREIRA, Anna Luíza A. **A Guarda Compartilhada aos Olhos dos Tribunais.** Disponível em www.aleitamento.com/a.artigos.asp?id=x acesso em 10/11/2013

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Direito Civil. Direito de Família.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GARDNER, Richard A. **ODSM-IV tem equivalente diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Colúmbia, New York, New York, EUA, 2002. Disponível em <http://www.alienaçãoparental.com.br>. acesso em 25/10/2013

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 6ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5ª ed.rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atualização Tania Pereira da Silva. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1939

Projeto de Lei nº 6.350, de 2002, Diário da Câmara dos Deputados, 10/04/2002, p.14.793 Apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela, 1986