



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS
SOCIAIS - FAJS

ANNA BEATRIZ ROSSI NOGUEIRA PINTO

O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA
AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Brasília
2014

ANNA BEATRIZ ROSSI NOGUEIRA PINTO

**O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA
AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Ms. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

Brasília
2014

Pinto, Anna Beatriz Rossi Nogueira.

O problema da eficácia da aplicação da guarda compartilhada aos casos de alienação parental / Anna Beatriz Rossi Nogueira Pinto. – Brasília: O autor, 2014.

110 f.

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientador: Danilo Porfírio de Castro Vieira.

1. Alienação Parental. Guarda Compartilhada. Mediação. Justiça Restaurativa.

ANNA BEATRIZ ROSSI NOGUEIRA PINTO

**O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA GUARDA
COMPARTILHADA AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Ms. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

Brasília/DF, 09 de Outubro de 2014.

Banca Examinadora

Orientador

Professor Ms. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

Avaliador

Professor Ms. Einstein Lincoln Borges Taquary

Designado

Professor Ms. Júlio César Lérias Ribeiro

Aos meus amados pais,
José e Delza.
A minha filha Anna Carolina,
compreensão e amor
incondicionais.

“De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que ele estava sempre começando, a certeza de que era preciso continuar e a certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sono uma ponte, da procura um encontro.”

Fernando Sabino

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo avaliar a real eficácia da implementação da guarda compartilhada como solução exclusiva aos casos de alienação parental, visando entender se esta modalidade de guarda é realmente capaz de produzir os resultados esperados para a mitigação da síndrome, ou seja, a reaproximação entre genitor alienado e prole e o restabelecimento do afeto, propondo que o ministério conjunto não seja utilizado como única saída para o problema, uma vez que requer harmonia entre os genitores, aspecto inexistente na alienação parental. Indica-se, ainda, a aplicação de métodos eficazes de combate ao litígio, como a mediação e a Justiça Restaurativa. Neste intuito, pretende-se analisar a evolução do conceito de família ou entidade familiar e a progressiva inserção da noção de afetividade como seu elemento integrante e necessário; estudar a alienação enquanto síndrome e instituto jurídico; entender a guarda compartilhada, seu conceito e suas características, em perspectiva de comparação com outras espécies de guarda; avaliar os argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio e de alienação parental, por conseguinte; e averiguar a mediação e a Justiça Restaurativa enquanto possíveis métodos de solução para as causas do conflito existente entre genitores, bem como a forma como podem contribuir para a produção dos resultados da guarda compartilhada, como resultado físico destes procedimentos, no campo da alienação parental.

Palavras-chave: Alienação Parental. Guarda Compartilhada. Eficácia. Mediação. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

The present study aims to evaluate the real effectiveness of the implementation of shared custody solely to cases of parental alienation , in order to understand if this solution type of custody is actually able to produce expected to mitigate the syndrome results, the rapprochement between alienated parent and offspring and the restoration of affect, proposing that the ministry set is not used as the only solution to the problem, since it requires harmony between the parents, absent in parental alienation aspect . It indicates also that effective methods to combat litigation, such as mediation and restorative justice. To this end, we intend to analyze the evolution of the concept of family or family entity and the gradual integration of the concept of affectivity as its integral and necessary element; while studying alienation syndrome and legal institution; understand the shared custody, its concept and its features in perspective compared to other species of custody; evaluate the doctrinal and jurisprudential arguments favorable to the implementation of joint custody in cases of litigation and parental alienation, therefore; and ascertain mediation and restorative justice as possible methods of solution to the causes of conflict between parents, and how they can contribute to the production of results of joint custody as a result of these physical procedures in the field of parental alienation .

Keywords: Parental Alienation. Shared custody. Effectiveness. Mediation. Restorative Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O PRIMADO DA AFETIVIDADE NA CARACTERIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL	10
1.1 Uma Breve Abordagem Histórica da Evolução do Conceito de Família	10
1.2 A Afetividade como Elemento Integrante das Relações Familiares	14
1.3 Princípios Aplicáveis à Nova Família e à Afetividade	20
1.4 A Síndrome da Alienação Parental.....	24
1.5 O Instituto Jurídico da Alienação Parental.....	28
2 A GUARDA COMPARTILHADA E SUAS CARACTERÍSTICAS	35
2.1 O Poder Familiar e o Instituto da Guarda	35
2.2 O Princípio do Melhor Interesse do Menor e as Modalidades de Guarda	40
2.3 O Instituto Jurídico da Guarda Compartilhada.....	49
2.4 Diferenças entre Guarda Compartilhada, Guarda Alternada e Nidação	53
3 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL	58
3.1 As Contraindicações da Guarda Compartilhada.....	59
3.2 A Incongruência da Aplicação da Guarda Compartilhada como Solução Única aos Casos de Alienação Parental.....	64
3.3 A Perspectiva do Conflito e o Recurso à Mediação Familiar	74
3.4 A Possibilidade de Solução Através da Justiça Restaurativa: a guarda compartilhada como resultado físico deste processo	85
CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, o conceito de família ou entidade familiar experimentou grandes evoluções e profundas transformações. De um modelo rígido, patriarcal, matrimonializado e sacralizado, chegou-se a formatos flexíveis, nos quais o elo entre os seus membros reside na noção de afetividade. Assim, foi conferida proteção e legitimidade a famílias antes marginalizadas, entendendo-se que o verdadeiro conceito de entidade familiar se liga ao afeto e à criação de um ambiente onde os seus integrantes ajam com cooperação e solidariedade.

Arraigado a esta noção de afetividade está o conceito de alienação parental, sendo este a ruptura do afeto entre genitor e prole a partir de interferências psicológicas nefastas realizadas pelo outro, em regra o detentor da guarda. O alienador, frustrado com o término do relacionamento e incapaz de bem administrar o luto da separação, utiliza a prole como instrumento para atingir o alienado e realizar o seu intuito de vingança, causando gravíssimas consequências psicológicas e emocionais aos filhos e minando a aproximação e o afeto entre estes e o alienado.

Com o advento da Lei 12.318/2010, a alienação parental foi jurídica e legalmente reconhecida, destacando o mencionado diploma os atos caracterizadores e as formas de combate. Entre elas encontra-se a aplicação da guarda compartilhada, que passou a ser defendida por parte da doutrina e implantada por setores do Poder Judiciário como a solução mais eficaz para a síndrome. Ocorre, entretanto, que esta modalidade de guarda requer imprescindivelmente a existência de harmonia entre o casal, a fim de que a criação da prole seja realizada a contento. Imperando na alienação parental um cenário de extremo conflito entre os genitores, a guarda compartilhada, por inferência lógica, não pode produzir os resultados esperados, fazendo-se necessário que o litígio seja previamente sanado.

Destarte, livre da pretensão de esgotar o tema, este trabalho tem como escopo averiguar possíveis métodos de solução para o conflito inerente à alienação parental, como a mediação e a Justiça Restaurativa, de forma a aplainar e adubar a terra para que a guarda compartilhada seja eventualmente semeada e produza seus frutos, como a reaproximação entre alienado e prole e a recuperação do afeto.

Possui, portanto, como objetivos específicos analisar a evolução do conceito de família ou entidade familiar e a progressiva inserção da noção de afetividade como seu elemento integrante e necessário; estudar a alienação enquanto síndrome e instituto jurídico; entender a guarda compartilhada, seu conceito e suas características, em perspectiva de comparação com outras espécies de guarda; avaliar os argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio e de alienação parental, por conseguinte; e averiguar a mediação e a Justiça Restaurativa enquanto possíveis métodos de solução para as causas do conflito existente entre genitores, bem como a forma como podem contribuir para a produção dos resultados da guarda compartilhada, como resultado físico destes procedimentos, no campo da alienação parental.

Para concretização deste trabalho, realizou-se um estudo de natureza qualitativa, por meio da utilização de pesquisa exploratória e bibliográfica. Ao contrário da pesquisa quantitativa, a qualitativa não obriga à formulação de hipóteses, nem exige dados numéricos para enumerar ou mensurar o objeto em análise. Os resultados de estudos dessa natureza podem fundamentar hipóteses de trabalhos futuros. Tais pesquisas partem de questões ou focos de interesse mais amplos, que se definem na medida em que o estudo se realiza.

Assim, o primeiro passo da pesquisa exploratória é o exame da literatura. Nesse caso, recorreu-se às seguintes fontes bibliográficas: legislação, doutrina, jurisprudência, princípios e artigos publicados em revistas científicas impressas ou digitais.

Com a pesquisa bibliográfica, que abrange a análise da literatura selecionada, pode-se estruturar o presente artigo em cinco partes. Além desta introdução, inicialmente aborda-se a evolução do conceito de entidade familiar, a inserção da afetividade como seu elemento e a alienação parental, enquanto síndrome e instituto. Em seguida, apresenta-se o capítulo referente à guarda compartilhada e suas características, comparando-as com outras espécies de guarda e analisando-se o poder familiar e o melhor interesse do menor. A abordagem sobre a problemática da aplicação da guarda compartilhada como solução aos casos de alienação parental e a indicação de métodos de solução do litígio entre os genitores compõem a quarta parte. Por fim, as conclusões.

1 O PRIMADO DA AFETIVIDADE NA CARACTERIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Embora prematuramente, é necessário, para melhor entendimento daquilo que é proposto para este capítulo, talhar uma definição, ainda precária, porém útil ao momento, de alienação parental como sendo a ruptura dos laços de afetividade da criança ou do adolescente com um de seus genitores, ocasionada pela influência psicológica sobre o menor exercida pelo outro genitor, por parentes ou por quem o tenha sob sua autoridade, de forma a prejudicar a convivência amorosa entre eles.

Diante disso, é possível identificar que, no cerne da caracterização da alienação parental, encontra-se a ideia de afetividade. Esta se relaciona às concepções de afeição, de afinidade e de ligação íntima entre pessoas, em especial entre pais e filhos, criada pela vida em comum e pelo respeito e admiração recíprocos. Tal compreensão está arraigadamente relacionada ao conceito contemporâneo de família, em perfeita simbiose. Entretanto, não foi sempre assim.

Isso porque a ideia, concepção ou conceito de família sofreu uma evolução ao longo da história, partindo de modelos mais primitivos e passando por seu molde tradicional, mais duro, impositivo e difícil de ser abatido, até chegar à atual noção de família afetiva.

Objetivando proporcionar a melhor análise da alienação parental e da primazia da afetividade para a sua configuração, é de bom alvitre abordar a genealogia desta ideia de afeição, buscando as suas bases a partir da evolução do conceito de família, em análise ainda que breve, a fim de entender a forma pela qual a entidade familiar passou a ser integrada pela concepção de afetividade.

1.1 Uma Breve Abordagem Histórica da Evolução do Conceito de Família

A expressão *entidade familiar* não possui um conceito único e imutável para todos os períodos da história, tendo em vista tratar-se de uma noção fluida e moldável, assumindo feições, características, estruturas, significados e sentidos dos mais diversos, de acordo com a variação do tempo e do lugar ou espaço físico. Assim sendo, é permitido consignar que, a partir do entendimento de que, durante

os séculos, diferentes formas de entidade familiar foram constituídas, a estrutura da *família*¹ permanece em constante mutação.

Para Engels (2009), a composição da família transcorreu em quatro etapas: a) Família Consanguínea, a primeira, em que os grupos conjugais instituíam-se pelo casamento entre parentes próximos, inclusive irmãos e irmãs, à exceção de pais e filhos; b) Família Punaluana, com a característica de ser uma comunidade de maridos e esposas, excluindo-se o casamento entre irmãos; c) Família Sindiásmica, que extinguiu o casamento grupal, admitindo-se, porém, que um homem possuísse várias mulheres, enquanto estas eram obrigadas à fidelidade, sendo que o vínculo conjugal podia ser dissolvido com facilidade pelos consortes; e d) Família Monogâmica, em que os vínculos conjugais são mais sólidos, podendo ser rompido apenas pelo homem, tendo este o direito à infidelidade².

Em Roma Antiga, a família era construída sob a égide da autoridade, pela qual o *pater familias*, ascendente comum mais velho, detinha o direito de vida e de morte sobre os filhos, podendo inclusive castigá-los física e imoderadamente ou vendê-los, e exercia sua autoridade, ainda, sobre todos os seus descendentes não emancipados e suas respectivas mulheres. A mulher era totalmente submissa à autoridade marital, podendo ser repudiada. Entendia-se, assim, a família como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, sendo o *pater*, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz (GONÇALVES, 2011).

Gonçalves (2011) relata que, com o tempo e com a inserção dos valores cristãos, a autoridade do *pater* foi progressivamente restringida, conferindo-se maior autonomia aos demais membros da entidade. Surge, então, em matéria de casamento, a *affectio*, como seu elemento necessário, tanto que, uma vez extinto, autorizava-se a dissolução do vínculo.

¹ Família. [Do lat. *família*] S. f. 1. Pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Pessoas do mesmo sangue. 3. Ascendência, linhagem, estirpe. 4. *Hist. Nat.* Unidade sistemática ou categoria taxionômica constituída pela reunião de gêneros afins [...]. 5. Grupo de indivíduos que professam o mesmo credo, têm os mesmos interesses, a mesma profissão, são do mesmo lugar de origem, etc. [...] 9. Comunidade constituída por um homem e uma mulher, unidos por laço matrimonial, e pelos filhos nascidos dessa união. [...] (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995).

² Observa-se que a monogamia não nasce na história como a forma mais elevada de matrimônio ou com os conceitos fixos de outrora, como a imprescindibilidade da fidelidade para sua configuração.

Na Idade Média, a família tomou por base o casamento cristão, buscando-se imprimir na união entre homem, mulher e filhos os elementos da Sagrada Família³. As relações de família eram regidas pelo direito canônico, sendo reconhecido como válido apenas o casamento religioso. Nesta época, cabia aos pais a orientação educacional, profissional e religiosa dos filhos. O casamento era sacralizado e indissolúvel e a instituição familiar vista como matrimonializada, patriarcal e patrimonializada, modelo que perdurou por muitos séculos, com reflexos até hoje em muitos tipos de sociedade espalhados pelo globo.

Advindo a Revolução Industrial, o catolicismo perdeu boa parte de sua influência sobre a família. Venosa (2008) ensina que a família, anteriormente, era considerada como um fator econômico de produção, perdendo esta característica com a industrialização e passando a ter a função preponderante de desenvolver os valores morais e afetivos de seus membros.

Percebe-se, aqui, o início da inserção da ideia de afetividade no conceito de família. Não há mais a obrigação imposta aos membros de permanecer vinculados ao núcleo familiar, seja por fatores religiosos, seja por aspectos econômicos. A única causa capaz de permitir, manter, perdurar e solidificar as relações familiares reside no afeto entre seus membros, ou seja, na solidariedade recíproca, no desejo de satisfação conjunta e na busca pela felicidade comum.

Assim, os rígidos conceitos e fórmulas herdados do modelo familiar romano e medieval deixaram de ser absolutos, em troca de modelos mais abertos e liberais, admitindo-se como entidade familiar vários modelos diversos do casamento, como a família monoparental, a união estável heteroafetiva e a homoafetiva – recentemente reconhecida juridicamente pelo Supremo Tribunal Federal⁴ –, todos baseados na noção precípua de afeição entre seus membros.

Sobre esta evolução conceitual, explicam Farias e Rosenvald (2010, p. 3):

É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversas matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais

³ Conforme o Novo Testamento da Bíblia cristã, a Sagrada Família era o núcleo familiar formado por Maria, Jesus e José.

⁴ O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, emprestou interpretação conforme à Constituição ao artigo 1723 do Código Civil de 2002, para excluir de sua interpretação qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, passando a ser regidas pelo mesmo regramento das uniões estáveis heteroafetivas.

ao longo do tempo. [...] Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. [...] É lícito, pois, concluir que entrelaçada a feição da família com o retrato da própria sociedade, consideradas as circunstâncias de tempo e lugar, infere-se com segurança, a necessidade de uma compreensão contemporânea, atual, da entidade familiar, considerados os avanços técnico-científicos e a natural evolução filosófica do homem. [...] Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no *afeto*, na *ética*, na *solidariedade recíproca entre os seus membros* e na preservação da dignidade deles.

No que se refere à legislação brasileira, o Código Civil de 1916 entregou à sociedade um conceito único de família, sendo esta considerada legítima apenas quando advinda do casamento, e os filhos havidos de relações extramatrimoniais eram tidos como ilegítimos, sem filiação assegurada por lei, desconsiderando-se, portanto, qualquer vínculo afetivo, este sem nenhuma consequência legal (GONÇALVES, 2011).

Inobstante, a família passou a ter maior relevância com a promulgação do Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, passou a reconhecê-la como a base da sociedade, redimensionando e elastecendo o seu significado ao referir-se expressamente ao casamento, à união estável e às famílias monoparentais⁵. Destarte, o ambiente familiar passou a ser entendido como um meio de promoção da felicidade de cada um dos seus membros, evoluindo de uma estrutura familiar baseada no estado patriarca e patrimonial para uma família abalizada no estado social e afetivo.

Corroborando o assunto, ensina Amaral (2009, p. 265):

A definição e abrangência do conceito de *família* estão atreladas às transformações sociais. Antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, as normas fundamentais do Direito de Família estavam dispostas no Código Civil de 1916, diploma que considerava entidade familiar apenas a união entre um homem e uma mulher, selada pelo casamento. No âmbito constitucional, as entidades familiares só passaram a receber explícita tutela do Estado a partir da Constituição de 1934 [...]. No entanto, a realidade social demonstrou a necessidade de constituição de novas entidades familiares, o que ensejou o rompimento de alguns paradigmas. Nessa esteira, a Constituição da República de 1988 emprestou especial

⁵ Família Monoparental, segundo o artigo 226 da Constituição da República, é comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo ser ocasionada pelo divórcio dos cônjuges, pela morte ou pela perda do poder familiar de um deles.

proteção ao casamento (art. 226, 1º e 2º), à união estável (art. 226, 3º) e à família monoparental (art. 226, 4º).

Em suma, é possível perceber que a entidade familiar, em seu significado mais amplo, abrange todos os indivíduos ligados por vínculos de consanguinidade ou afinidade, atrelados não somente pelos vínculos sanguíneos e jurídicos, mas também, pelos laços de afeto e afeição. Supera-se, portanto, a ideia de *família-instituição*, adotando-se o conceito de *família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana*, evitando qualquer interferência que viole os interesses de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (FARIAS e ROSENVALD, 2010).

Destarte, atesta-se que a família cumpre, contemporaneamente, o papel de servir de substrato para que os seus indivíduos integrantes encontrem as condições necessárias a fim de desenvolver as suas potencialidades e de crescer como pessoas saudáveis, física, psíquica e emocionalmente, em respeito à sua dignidade enquanto seres humanos.

1.2 A Afetividade como Elemento Integrante das Relações Familiares

Estando consignado que o conceito de entidade familiar sofreu importantes alterações, substituindo-se o modelo tradicional, patriarcal, matrimonializado e patrimonializado por uma noção contemporânea mais aberta, regida especialmente pela afeição, enxerga-se a família, agora, como meio gerador do desenvolvimento digno dos seus indivíduos. Assim, visto de que forma a afetividade passou a integrar a nova noção de família, é importante, agora, entender o modo pelo qual este elemento é caracterizado.

Segundo Barroso (2006), no cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, visualizada, agora, como uma comunidade de afeto. Este é o elemento central desta nova perspectiva, em substituição aos antigos critérios como consanguinidade, normalidade e capacidade criativa. A família, agora, não é somente aquela formada por pessoas vinculadas por laços genéticos, mas também aqueles modelos integrados por indivíduos amarrados entre si pelo afeto.

Nessa linha de intelecção, Farias e Rosenvald (2010) entendem a entidade familiar como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, empregando ao afeto a qualidade de caracterizar-se como promotor do conhecimento pessoal de cada indivíduo, dele decorrendo diversos efeitos jurídicos. Essa afetividade, segundo os autores, traduz-se no respeito às particularidades, à personalidade e à dignidade dos membros familiares.

Complementam Farias e Rosenvald (2010, p. 29):

O afeto caracteriza-se, destarte, como o grande continente que recebe todos os mananciais do Direito de Família, podendo (*rectius*, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesses estabelecidos nessa sede. [...] Pois bem, afirmado o afeto como base fundante do Direito das Famílias contemporâneo, vislumbra-se que, composta a família, por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas sejam as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar o amor.

Um dos importantes efeitos da ideia de afetividade como integrante do conceito de família reside em questões relacionadas à filiação. Também chamada, nesta seara, de socioafetividade, é definida por Carvalho (2009, p. 294) como a “convivência, afetividade e pela estabilidade nas relações familiares”. Segundo o autor, em casos de filiação, prevalece a verdade real em detrimento da verdade biológica, sendo considerado como filho, por exemplo, aquele que gozar da *posse do estado de filho*⁶. Isto porque muito mais importante que a herança genética é o elo da afetividade para caracterizar a paternidade jurídica, construído pela convivência harmoniosa, amorosa, estável e ostentada publicamente.

Carvalho (2009) cita situações fáticas colhidas na jurisprudência em que a paternidade socioafetiva prevaleceu sobre os vínculos genéticos. A primeira faz referência à *adoção à brasileira*⁷, pois, mesmo tipificada como crime, os tribunais têm negado a paternidade aos genitores por entenderem mais importante o vínculo afetivo formado entre a criança e os falsos pais. Outros casos aludem a ações

⁶ “A *posse do estado de filho* permite, portanto, o reconhecimento da paternidade socioafetiva ou sociológica e o registro da filiação, independente da origem biológica. A paternidade socioafetiva é um ato de opção fundado no afeto e no amor de quem escolhe ser pai, materializando-se, em uma de suas formas, na posse do estado de filho, que nada mais é do que o tratamento recíproco paterno-filial, reconhecidos como tais publicamente, sendo o filho socioafetivo, denominado popularmente em algumas regiões de *filho de criação*, criado e educado pelo pai afetivo como próprio” (CARVALHO, Dimas Messias. Direito de Família. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009).

⁷ *Adoção à brasileira* é a o ato de registrar filho de outrem como seu, desrespeitando os vínculos hereditários e o processo de adoção. Tal conduta é tipificada como crime pelo artigo 242 do Código Penal Brasileiro, com pena de reclusão de dois a seis anos.

negatórias de paternidade, ajuizadas após vários anos de convivência entre autores e os respectivos filhos, cujas decisões, mesmo julgando-as procedentes, mantêm o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista a presença do fator socioafetividade, não sendo possível negar a paternidade apenas por questões biológicas.

Tartuce (2012), estudando o tema da afetividade, inicia afirmando ser o afeto diferente do amor. Aquele significa a ligação ou interação entre as pessoas e este, o lado positivo deste relacionamento, que, se negativo, gera o ódio, ressaltando que ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. Importante destacar que o mencionado autor posiciona a afetividade como princípio jurídico⁸ aplicável ao âmbito familiar – implícito, em verdade, ante a ausência de previsão expressa na legislação brasileira –, não podendo os juristas dele prescindir.

Aponta Tartuce (2012, p. 28-29) três consequências da aplicação da ideia da afetividade no Direito de Família brasileiro, cuja leitura importa na íntegra:

De início, como *primeira consequência*, a afetividade contribuiu para o reconhecimento jurídico da *união homoafetiva*, expressão cunhada por Maria Berenice Dias, como entidade familiar. Após um longo trajeto -, que se iniciou pela negação absoluta de direitos, passou pelo tratamento como sociedade de fato e chegou ao enquadramento como família -, o Direito Brasileiro passou a tratar a união entre pessoas do mesmo sexo como comunidade equiparada à união estável. A culminância de tal conclusão se deu com a histórica decisão do STF de 5 de maio de 2011, publicada no seu *Informativo n. 625*. Uma *segunda consequência* a ser pontuada é a admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo. Em decisão anterior, o STJ acabou por concluir que não caberia indenização a favor do filho em face do pai que o abandona moralmente (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299). Sustentou-se que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho, pois o afeto não pode ser imposto na referida relação parental, não sendo o caso da existência de um dever jurídico de convivência. Demonstrando evolução quanto ao tema, surgiu mais recente decisão do próprio STJ em revisão à ementa anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). Em sua relatoria, a Min. Nancy Andrighi ressaltou que o dano moral estaria presente diante de uma *obrigação inescapável* dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos.

⁸ “Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Na linha do exposto por José de Oliveira Ascensão, os princípios são como “grandes orientações que se depreendem, não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica”.⁸ Eles estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas que a afetividade constitui um *código forte* no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira” (TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações. *Consullex*, Brasília, n. 378, a. XVI, p. 28-29, out. 2012).

Aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, a magistrada deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “*amar é faculdade, cuidar é dever*”. Apesar do voto contrário do Min. Massami Ueda, na linha do julgado antecedente, a relatoria foi seguida pelos Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Essa nova decisão, a qual se filia, demonstra um profundo impacto do reconhecimento do afeto como verdadeiro princípio da nossa ordem. Partindo-se para a análise técnica da questão, pontue-se que o dever de convivência dos pais em relação aos filhos menores é expresso pelo art. 229 da CF/1988 e pelo art. 1.634, incs. I e II do CC/2002. Se a violação desse dever – que se contrapõe a um direito subjetivo equivalente -, causar dano, estarão presentes os requisitos do ato ilícito civil (art. 186 do CC/2002). A *terceira e última consequência* da afetividade a ser pontuada é o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, enquadrada na cláusula geral “outra origem”, do art. 1.593 do CC/2002. Não se olvide que a ideia surgiu a partir de histórico artigo de João Baptista Villela, publicado em 1979, tratando da “*desbiologização da paternidade*”. Concluiu o jurista, na ocasião, que o *vínculo de parentalidade é mais do que um dado biológico, é um dado cultural*, consagração técnica da máxima popular *pai é quem cria*. Paulatinamente, a jurisprudência passou a ponderar que a *posse de estado de filho* deve ser levada em conta para a determinação do vínculo filial, ao lado das verdades registral e biológica. Nos acórdãos mais notórios, julgou-se como indissolúvel o vínculo filial formado nos casos de reconhecimento espontâneo de filho alheio, cumulado com a convivência posterior entre pais e filhos (por todos: STJ, REsp 234.833/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 276; REsp 709.608/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009 e REsp 1.259.460/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012).

Lôbo (2003) também situa a afetividade com princípio jurídico, destacando os seus fundamentos constitucionais, sendo estes: a) todos os filhos são iguais, independentemente de origem (artigo 227, parágrafo 6º); b) a adoção, como escolha efetiva, tem os mesmos efeitos da paternidade ou filiação natural (artigo 227, parágrafos 5º e 6º); c) a comunidade formada por ascendentes e descendentes, incluindo os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida (artigo 226, parágrafo 4º); e d) o direito à convivência familiar, e não à origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*).

Em outra oportunidade, sobre a afetividade, ensina Lôbo (2006, p. 449):

Por fim, outra categoria que se consagrou no direito brasileiro de família foi o da afetividade, entendida como o liame específico que une duas pessoas em razão do parentesco ou de outra fonte constitutiva da relação de família. A afetividade familiar é, pois, distinta do vínculo de natureza obrigacional, ou patrimonial, ou societário. Na relação familiar não há fim econômico, cujas dimensões são sempre derivadas (por exemplo, dever de alimentos, ou regime matrimonial de bens), nem seus integrantes são sócios ou associados. Por outro lado, a afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. O direito, todavia, converteu a afetividade em

princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. Assim, pode haver desafeto entre pai e filho, mas o direito impõe o dever de afetividade. Além dos fundamentos contidos nos artigos 226 e seguintes da Constituição, ressalta o dever de solidariedade entre os membros da família (art. 3º, I, da Constituição), reciprocamente entre pais e filho (art. 229) e todos em relação aos idosos (art. 230). A afetividade é o princípio jurídico que peculiariza, no âmbito da família, o princípio da solidariedade.

Noutro artigo de sua lavra, Lôbo (2008a) relata que a afetividade ou socioafetividade migrou para a ciência jurídica, como categoria própria do Direito de Família, a partir da segunda metade da década de 1990, tendo em vista que antes era também objeto de estudo das ciências sociais e humanas. O autor define o afeto como um fato social e psicológico, mas este, enquanto fato anímico ou social, não interessa ao Direito, importando apenas as relações afetivas que configuram condutas suscetíveis de incidência de normas jurídicas. Por esta razão, segundo o autor, o termo “socioafetividade” conquistou os juristas brasileiros⁹.

Nesta obra, Lôbo (2008a) defende que a afetividade, além de norma e princípio com fundamento na Constituição da República, como já visto, possui a natureza de dever jurídico oponível aos familiares em geral, independentemente do sentimento que nutram entre si, de forma permanente, e entre os cônjuges, enquanto durar a convivência. Explica Lôbo (2008a, p.48):

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que

⁹ “O termo “socioafetividade” conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (*socio*) e a incidência do princípio normativo (*afetividade*). O despertar do interesse pela socioafetividade no direito de família, no Brasil, especialmente na filiação, deu-se, paradoxalmente, ao mesmo tempo que os juristas se sentiam atraídos pela perspectiva de certeza quase absoluta da origem biológica, assegurada pelos exames de DNA. Alguns ficaram tentados a resolver todas as dúvidas sobre filiação no laboratório. Porém, a complexidade da vida familiar é insuscetível de ser apreendida em um exame laboratorial. Pai, com todas as dimensões culturais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este” (LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008a, p. 29).

une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo “o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções”. Evidentemente essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.

Desse modo, visto que a afetividade se encontra no cerne do conceito contemporâneo de família ou entidade familiar, não possuindo mais o caráter genético, hereditário e consanguíneo de outrora, mas envolvendo os laços de afeição positiva entre seus membros, gerando importantes efeitos jurídicos, inclusive o dever jurídico de afeto exigido entre cônjuges e entre pais e filhos, é possível proclamar que quaisquer relações de pessoas envolvendo afinidade, afetividade, respeito, admiração, desejo de convivência duradoura e harmoniosa, objetivando o desenvolvimento digno de seus membros, podem ser consideradas como famílias.

Nesta seara de ideias, Dias (2013) relata um curioso caso¹⁰ que denominou de *poliafetividade*, em que o relacionamento de um homem e duas mulheres foi objeto de uma escritura pública de união estável, chamada de União Poliafetiva, em nome dos três partícipes. A autora afirma que a situação foi alvo de intermináveis críticas e impronunciáveis adjectivações.

Segundo Dias (2013), embora sujeitas ao repúdio social e a denominações quase sempre pejorativas, as relações simultâneas sempre existiram em larga escala. Para a autora (2013, p. 1), “condenar à invisibilidade, negar efeitos jurídicos, deixar de reconhecer sua existência é solução que privilegia o ‘bígamo’ e pune a ‘concubina’, como cúmplice de um adultério”. Assim, “uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica”.

Defende Dias (2013) que somente o fato de que determinados tipos de relacionamento afetivo não podem ser convertidos em casamento não significa que

¹⁰ Segundo o Portal G1 do site Globo.com, em notícia datada de 23.08.2012, o acontecimento ocorreu na cidade de Tupã, interior do Estado de São Paulo, onde os três consortes já coabitavam há mais de três anos a contar regressivamente da data da escritura. Conforme a notícia, o juiz Natanael dos Santos Batista Júnior orientou o trio na elaboração do documento (Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em 07 de maio de 2014).

merecem ser excluídos da incidência do Direito de Família, tendo em vista que também geram efeitos, em especial quando da existência de filhos e de patrimônio comum. Assim, retirar-lhes quaisquer direitos enseja ato atentatório à dignidade humana. Nas palavras da autora (2013, p. 1-2):

Desde que o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – evidenciou ser o afeto o elemento identificador da entidade familiar, passou-se a reconhecer que o conceito de família não pode ser engessado no modelo sacralizado do matrimônio. Apesar dos avanços, resistências ainda existem. Assim, há que se reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização levada a efeito, que traz a livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. Lealdade não lhes faltou ao formalizarem o desejo de ver partilhado, de forma igualitária, direitos e deveres mútuos, aos moldes da união estável, a evidenciar a postura ética dos firmatários. Não há como deixar de reconhecer a validade da escritura. Tivessem eles firmado dois ou três instrumentos declaratórios de uniões dúplices, a justiça não poderia eleger um dos relacionamentos como válido e negar a existência das demais manifestações [...].

Evidencia-se, assim, a partir destes fatos, a importância da afetividade na caracterização do conceito de família ou entidade familiar, bem como os níveis a que chegou a sua aplicação, ou a que ainda pode chegar. Esta poliafetividade decorre do entendimento de família como uma união de pessoas ligadas por laços de afeição e objetivos comuns de convivência e realização recíprocas. Observa-se que, em tudo o que foi dito até o momento, não se visualiza qualquer tipo de limitação numérica para a configuração desta família ou comunidade afetiva, sendo possível, pelo menos em tese, a sua caracterização em casos similares ou idênticos ao relatado.

1.3 Princípios Aplicáveis à Nova Família e à Afetividade

Com a modificação do conceito de família ou entidade familiar, criando-se um novo modelo com base na primazia da afetividade, também surgem novos princípios, remodelando-se, assim, estas inovações. Considerando, ainda, a constitucionalização do direito civil – fenômeno pelo qual vários temas de direito civil foram abordados pela Constituição da República e pelo qual este ramo é reinterpretado à luz dos mandamentos constitucionais –, empresta-se força normativa a estes princípios, necessária para a sua garantia e aplicação.

Tartuce (2006) aponta como primeiro princípio, aplicável à nova família e à ideia de afetividade, a dignidade da pessoa humana¹¹, tratado como princípio máximo, superprincípio e princípio dos princípios. Isto porque, com a derrocada dos antigos caracteres da família (matrimônio indissolúvel, patrimônio, hierarquia), o fim econômico perde importância, passando-se a valorizar a pessoa humana, cuja vida somente é satisfatória se for digna. Para Tartuce (2006, p. 3), “não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família”.

Tartuce (2006, p. 3-5) traz importantes exemplos da aplicação do mencionado princípio no âmbito do Direito de Família:

Primeiro, podemos citar o comum entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira é bem de família, estando protegido pela impenhorabilidade constante da Lei n. 8.009/90. [...] É certo que, pelo que consta no art. 226 da Constituição Federal, uma pessoa solteira não constituiria uma família, nos exatos termos do sentido legal. Um solteiro, como se sabe, não constitui uma entidade familiar decorrente de casamento, união estável ou família monoparental. Estaria, então, o julgador alterando o conceito de *bem de família*? Parece-nos que sim, ampliando o seu conceito para *bem de residência da pessoa natural* ou *bem do patrimônio mínimo*, utilizando-se a brilhante concepção de Luiz Edson Fachin. Reside, nesse ponto, forte tendência de personalização do Direito Privado. Como segundo exemplo de aplicação da dignidade humana em sede de Direito de Família, podemos citar a tendência doutrinária e jurisprudencial de relativização ou mitigação da culpa nas ações de separação judicial. [...] Como terceiro e último exemplo, trazemos a tão comentada *tese do abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*. Em mais de um julgado, a jurisprudência pátria condenou pais a pagar indenização aos filhos pelo *abandono afetivo*, por clara lesão à dignidade humana.

Lôbo (2000), trazendo a discussão para o âmbito da afetividade, afirma que esta especializa, no âmbito das relações familiares, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ela um fato jurídico-constitucional.

¹¹ Segundo Luís Roberto Barroso (A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em: 03 de maio de 2014), a dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral, bem como absorvido pelo Direito, até ser reconhecido com um princípio jurídico. Assim, conforme o autor, desta natureza decorrem três tipos de eficácia: a) direta: a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção; b) interpretativa: as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, servindo, ainda, como critério ponderação de normas colidentes; e c) negativa: paralisa a incidência de regra jurídica que seja incompatível ou produza resultado incompatível com a dignidade humana.

Tartuce (2006) insere, ainda, no rol dos princípios aplicáveis, a solidariedade familiar, tendo em vista que a solidariedade social é objetivo fundamental da República, incidindo, por exemplo, nos efeitos patrimoniais da família, como a obrigação de prestar alimentos entre parentes. Lembra o autor, contudo, que esta solidariedade não é apenas material, devendo ser também afetiva e psicológica, o que se relaciona à concepção de afetividade, tendo em vista caber precipuamente à família a formação saudável e digna de seus integrantes.

Dias (2012, p. 1), sobre a solidariedade, assevera que “são os laços de afetividade, fraternidade e solidariedade que justificam a construção de um ramo do Direito voltado a vínculos de natureza matrimonial, parental e assistencial”. A partir disso, a autora vislumbra a imposição dos deveres conjugais, do poder familiar e da solidariedade parental como ônus aos membros de uma família. Transcreve-se (2012, p. 1):

O casamento gera para os cônjuges a obrigação de manterem vida em comum no domicílio conjugal e o dever de mútua assistência. Na união estável os companheiros devem obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência. Todos esses encargos consagram o princípio da solidariedade afetiva, que nada mais significa do que recíproco dever de cuidado. Do mesmo modo, o poder familiar imposto a ambos os genitores – que é muito mais do que poderes, um rol de deveres – não desaparece quando da separação do casal ou no fim da união estável. Também permanece inalterado após o divórcio dos pais. Mesmo se qualquer deles constitui nova família, persistem os deveres e direitos parentais.

Afirma Lôbo (2008b) que a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico¹², significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. Aduz o autor que o princípio jurídico da solidariedade recebe estes caracteres, transformando-os em direitos e deveres exigíveis no seio das relações familiares,

¹²Vindo do *Corpus Juris Civilis*, havia apenas, no direito privado, o conceito de solidariedade subsumido à espécie de obrigação, quando um dos credores pode receber do devedor a totalidade da dívida (solidariedade ativa), ou quando um dos devedores pode ser obrigado a pagar a dívida integralmente (solidariedade passiva), o que significa individualização do crédito ou do débito plurais. Desde os antigos, se utiliza a locução latina *in solidum*, com o significado de soma do todo. Mas, afirma-se que o termo “solidariedade” apenas aparece na linguagem jurídica no início do século XVII, daí passando para a linguagem comum. Esse sentido estrito não é o mesmo do princípio fundamental da solidariedade no mundo contemporâneo, que se consolidou nas Constituições sociais do século XX, e cuja elaboração doutrinária (jurídica) é relativamente recente. A solidariedade, concebida como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, somente com a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico.

imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade individual. Mais uma vez, percebe-se a presença das noções da afetividade no cerne deste princípio.

Lôbo (2008b, p. 8) apresenta duas dimensões da solidariedade no plano das famílias. Em suas palavras:

O princípio da solidariedade, no plano das famílias, apresenta duas dimensões: a primeira, no âmbito interno das relações familiares, em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros; a segundo, nas relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente em que vive. Exemplo da dimensão externa é a responsabilidade dos pais em relação aos danos cometidos pelos filhos menores a terceiros, que evoluiu da responsabilidade civil subjetiva, fundada na comprovação de culpa dos primeiros, para a presunção de culpa e, finalmente, como se vê no art. 933 do Código Civil, para a responsabilidade objetiva. A crescente opção do direito para a responsabilidade objetiva responde à valorização da solidariedade social, com a desvalorização correspondente da concepção individualista da culpa. Outro exemplo da dimensão externa é a inserção da família na grande tarefa da humanidade em defender o meio ambiente, inclusive para as futuras gerações (art. 225 da Constituição), às quais o direito confere titularidade jurídica, apesar de ainda não existirem. A solidariedade entre as sucessivas gerações se afirmou, no direito internacional, com a entrada em vigor da Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992, com a adesão do Brasil.

Tartuce (2006, p. 14) indica, também, enquanto princípio da nova família e da afetividade, a função social da família, aduzindo que as relações familiares devem ser “analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade”, exemplificando que a socialidade pode servir de base para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Isto porque “a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações”.

Por fim, Dias (2010a) revela os princípios da lealdade e da confiança nas relações familiares, decorrentes da noção de afetividade. Segundo a autora, ambos não estão previstos expressamente na Constituição e no Código Civil, sendo configurados como uma expectativa, de um indivíduo em relação a outro, de que os laços de afetividade, compromisso e fidelidade assumidos não serão cortados. Assim é que a lei impõe o dever de fidelidade no casamento e o de lealdade na união estável, cristalizando a boa-fé objetiva, a tutela da confiança e a proibição de comportamento contraditório, ampliando-se, progressivamente, a proteção desta expectativa e a aplicação do instituto da responsabilidade civil nesta seara.

1.4 A Síndrome da Alienação Parental

Estabelecidas a nova concepção de entidade familiar e a forma pela qual a ideia de afeto ingressou no conceito contemporâneo de família, umbilicalmente imbricados, em perfeita simbiose, bem como feitas as considerações acerca das características e dos princípios relacionados à afetividade, passa-se a análise da alienação parental – primeiramente como síndrome e em momento posterior como instituto jurídico – tendo em vista ser possível afirmar, prematuramente, que esta surge a partir da ruptura dos laços afetivos que unem pais e filhos, denotando-se a presença, aqui, por óbvio, da afetividade.

Segundo Gonçalves (2011), a expressão *alienação parental*¹³ foi utilizada por Richard Gardner¹⁴ no ano de 1985, quando constatou, nas ações de guarda em trâmite nos tribunais norte-americanos, que um dos genitores induzia a criança a romper os laços afetivos com o outro.

Gardner (2002, p.1) assim define a síndrome da alienação parental:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória 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.

O autor caracteriza a alienação parental como uma forma de abuso emocional, porquanto “pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso” (GARDNER, 2002, p. 1). Assevera, ainda, que, em muitos casos, a alienação pode surtir efeitos permanentes, como a ruptura dos laços afetivos protraída por toda a vida da pessoa. Sobre as características do genitor alienador, ou seja, aquele que induz negativamente a criança, explica o autor (2002, p. 1):

Um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são a de que é um

¹³Na língua inglesa, a síndrome é chamada de *Parental Alienation Syndrome*, sendo que *alienation* significa “criar antipatia”, e *parental* quer dizer “paterna”.

¹⁴Integrante do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, New York, EUA.

genitor exemplar. Tipicamente, têm tanta persistência no seu intento de destruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, que se torna cego às conseqüências psicológicas formidáveis provocadas na criança, decorrentes de suas instruções de SAP – não apenas no presente, em que estão operando essa doutrinação, mas também no futuro.

Tendo em vista ter verificado que há casos em que também a criança contribuiu para denegrir a imagem do genitor alienado e os seus laços afetivos, além da campanha do próprio genitor alienador, Gardner (2002) observou a presença de vários sintomas que aparecem simultaneamente e que caracterizam uma doença específica, agrupados por uma causa subjacente básica ou por uma etiologia comum, justificando a utilização do termo *síndrome*¹⁵.

Para o autor, a criança com a Síndrome da Alienação Parental se caracteriza por vários aspectos: a) uma campanha denegritória contra o genitor alienado; b) razões fracas e infundadas para a alienação; c) falta de ambivalência ou reciprocidade nas acusações; d) o fenômeno do “pensador independente”¹⁶; e) apoio automático ao alienador no conflito parental; f) ausência de culpa sobre a crueldade contra o alienado; g) encenações; e h) propagação da animosidade aos amigos ou à família do genitor alienado. Tais sintomas podem aparecer isoladamente, em graus mais moderados da síndrome, ou simultaneamente, em graus mais agressivos.

¹⁵ “Alguns que preferem usar o termo *Alienação Parental (AP)* alegam que a SAP não é realmente uma síndrome. Essa posição é especialmente vista nos tribunais de justiça, no contexto de disputas de custódia de crianças. Uma síndrome, pela definição médica, é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos, e que caracterizam uma doença específica. Embora aparentemente os sintomas sejam desconectados entre si, justifica-se que sejam agrupados por causa de uma etiologia comum ou causa subjacente básica. Além disso, há uma consistência no que diz respeito a tal conjunto naquela, em que a maioria (se não todos) os sintomas aparecem juntos. O termo *síndrome* é mais específico do que o termo relacionado a *doença*. Uma doença é geralmente um termo mais geral, porque pode haver muitas causas para uma doença particular. Por exemplo, a pneumonia é uma doença, mas há muitos tipos de pneumonia- p.ex., pneumonia pneumocócica e broncopneumonia - cada uma delas tem sintomas mais específicos, e cada qual poderia razoavelmente ser considerado uma síndrome (embora não haja o costume de se utilizar comumente esse termo). A síndrome tem clareza porque a maioria dos sintomas (se não todos) do conjunto manifestam-se previsivelmente juntos como um grupo. Frequentemente, os sintomas parecem ser não relacionados, mas o são realmente, porque têm geralmente uma etiologia comum. Um exemplo seria a Síndrome de Down, que inclui um conjunto de sintomas aparentemente díspares que não parecem ter uma ligação comum. Esses incluem o atraso mental, a face mongolóide, os lábios caídos, os olhos enviesados, o quinto dedo curto e vincos atípicos nas palmas das mãos. Os pacientes com Síndrome de Down se parecem frequentemente uns com os outros, e com freqüência exibem tipicamente todos estes sintomas. A etiologia comum destes sintomas díspares relaciona-se a uma anomalia cromossômica específica. É esse fator genético o responsável por ligar esses sintomas aparentemente díspares. Há então uma causa preliminar, básica, da Síndrome de Down: uma anomalia genética” (GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? 2002. Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 08 de maio de 2014).

¹⁶ A criança afirma veementemente que a decisão de rejeitar o genitor alienado é parte apenas de sua própria vontade.

Podevyn (2001), por sua vez, conceitua a síndrome da alienação parental como um processo consistente na programação da criança por um dos genitores para que odeie, sem justificativas suficientes, o outro. Segundo o autor, o genitor alienador é, muitas vezes, uma pessoa superprotetora, sociopata, sem consciência moral e incapaz de visualizar uma situação de outro ângulo que não seja o seu, enxergando-se como vítima injustiçada e cruelmente tratada pelo alienado, buscando vingança e encontrando apoio em seus próprios familiares.

Vários são os comportamentos clássicos de um genitor alienador, entre eles: a) impedir, de todos os modos, o contato da criança com o alienado; b) apresentar novo cônjuge à criança como seu novo pai ou nova mãe; c) desvalorizar e insultar o alienado na presença dos filhos; d) envolver pessoas próximas na interferência psicológica sobre a criança; e e) culpar o genitor alienado pelo mau comportamento dos filhos (PODEVYN, 2001).

O autor identifica vários efeitos negativos que a síndrome pode gerar sobre a criança, como depressão crônica, incapacidade de adaptação e de sociabilidade, transtornos de identidade e imagem, sentimento de culpa, isolamento e desespero, comportamento hostil, dupla personalidade, podendo chegar ao extremo do suicídio. Segundo Podevyn (2001), o alienador costuma confidenciar à criança, com riquezas de detalhes, seus sentimentos negativos em relação ao alienado, fazendo com que a vítima (a criança) absorva a negatividade e se sinta no dever de proteger o genitor alienador. Velly (2010) aponta, ainda, como consequência da síndrome o “efeito bumerangue”, pelo qual, quando mais velha, em geral na adolescência, a criança percebe, diante do desgaste de seu relacionamento com o alienado, a injustiça cometida e rebela-se contra o alienador.

A criança vítima da síndrome pode passar por três estágios, de acordo com o grau de seu transtorno. Segundo Podevyn (2001), no primeiro, as visitas entre alienado e os filhos normalmente são calmas, apresentando certas dificuldades na troca de genitor. A criança não demonstra ao alienado a influência psicológica recebida, ou, quando o faz, dá-se discretamente. No segundo estágio, o alienador utiliza uma grande variedade de táticas para excluir o alienado. Por ocasião da troca, a criança intensifica a campanha de desmoralização, porém, após a resistência, aceita ser conduzida pelo alienado, demonstrando-se mais cooperativas. Por fim, na terceira fase, os filhos já estão perturbados e fanáticos, podendo ter pânico com a

simples ideia de visitar o alienado. Seus gritos e explosões de violência são de tal monta que impedem a visita, e, quando esta acontece, demonstram, em todos os momentos, medos e cóleras.

Nesta esteira, Fonseca (2006) tece uma importante diferenciação entre síndrome da alienação parental e a alienação parental. Em suas palavras (2006, p. 2):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta alienante, quando ainda não deu lugar à instalação da síndrome, é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido. Já a síndrome, segundo as estatísticas divulgadas por Darnall, somente cede, durante a infância, em 5% dos casos.

Dias (2008a), posicionando a figura da mãe como alienadora, explica que a ruptura da relação conjugal gera na genitora um sentimento de abandono e rejeição, seguido de uma tendência vingativa, que elabora um processo de descrédito, destruição e desmoralização do pai quando não consegue viver adequadamente o luto da separação. Assim, utiliza o filho como instrumento de vingança, levando-o a odiar o genitor alienado. Segundo a autora, todos os meios, por mais insidiosos que sejam, são utilizados nesta manipulação, incluindo acusações de abuso sexual do alienado à criança. A mãe convence e incute na mente do filho fatos que jamais ocorreram, que de tão repetidos figuram como verdades, implantando-se o que se convencionou chamar de “falsas memórias”¹⁷.

A autora traz a síndrome da alienação parental como sinônimo da síndrome das falsas memórias. No entanto, Velly (2010) as distingue. Isto porque,

¹⁷ “Falsas memórias são aquelas que têm relação ao fato de serem uma crença de que um fato aconteceu sem realmente ter ocorrido. Estas recordações são muito subjetivas e possuem informações idiossincráticas da pessoa, isto é, cada indivíduo tem a sua própria maneira de ver, sentir e reagir a cada acontecimento. Na Síndrome das Falsas Memórias, o evento não acontece realmente, mas a pessoa reage como se efetivamente tivesse acontecido, pois passa a ser realmente vivido como real e verdadeiro (VELLY, Ana Maria Frota. A síndrome de alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. 2010. Disponível em: <<http://www.vnaa.adv.br/artigos/ibdfam.pdf>>. Acesso em 08 de maio de 2014).

na síndrome das falsas memórias, existe um distúrbio mnêmico, ou seja, no desenvolvimento das lembranças, enquanto que a síndrome da alienação parental é um distúrbio relacionado ao afeto. Naquela, fatos inverídicos são incutidos na mentalidade da criança como verdades; nesta, visa-se à ruptura do vínculo afetivo entre filhos e genitores. A síndrome da alienação parental pode ocorrer de várias formas, sendo que a utilização de falsas memórias é apenas um dos modos de obter o seu resultado (desconstrução do afeto).

A partir destas noções, portanto, é permitido concluir a estreita ligação da síndrome da alienação parental com a afetividade, tendo em vista que aquela tem fundamento na quebra do afeto existente entre pais e filhos. Rompem-se os laços de carinho, amor, admiração e respeito que os une, gerado pelo sentimento egoístico, cruel e irresponsável do alienador. Assim, considerando que a família é entendida como um ambiente em que pessoas são interligadas pelos traços de afeição recíprocos, a alienação parental, destruindo o afeto que os nutre, agride a própria natureza da família contemporânea.

A criança, indubitavelmente a principal vítima da alienação parental, passa a crescer sem o conceito adequado de família, porquanto nesta não encontrou as bases propícias para o seu desenvolvimento digno e emocionalmente sadio enquanto pessoa humana. Em seu psíquico, passará a não ver a família como um ambiente de respeito no qual reina a afetividade de seus membros, com graves consequências psicológicas para o seu futuro como adulto e com grande probabilidade de que estes efeitos, em especial o problema da alienação parental, sejam reverberados quando da eventual construção de sua própria entidade familiar.

1.5 O Instituto Jurídico da Alienação Parental

Em 26 de agosto de 2010, visando coibir a denominada alienação parental, foi publicada a Lei 12.318, que define o instituto¹⁸ e aponta métodos de combate e de solução. Antes disso, porém, estudiosos brasileiros já se debruçavam sobre o tema em busca de meios para sua repressão pelos órgãos jurisdicionais do país.

¹⁸Instituto Jurídico é o termo utilizado em Direito para se dizer que determinada situação, condição ou fato, por ser especial para a sociedade, merece um regramento próprio, composto por normas que definidoras e que permitem a sua localização no mundo jurídico.

Fonseca (2006) afirma que, uma vez identificado o processo de alienação parental, é necessário que o Poder Judiciário tome soluções para impedir que ocorra ou progrida. Ressalva a autora que os magistrados – deve-se ter em mente que esse estudo é anterior à chegada da mencionada lei –, até por falta de formação adequada, ignoram as situações envolvendo a alienação. A autora aponta a necessidade de determinação de uma rigorosa perícia psicossocial para a verificação dos elementos da alienação parental, fornecendo fundamentos para a adoção das medidas destinadas à proteção da criança, bem como a determinação de meios que permitam a aproximação da criança com o alienado, impedindo o êxito objetivado pelo alienador.

As providências judiciais, segundo Fonseca (2006, p. 6), podem ser:

- a) ordenar a realização de terapia familiar, nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado;
- b) determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se, se necessário, da medida de busca e apreensão;
- c) condenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária, enquanto perdurar a resistência às visitas ou à prática que enseja a alienação;
- d) alterar a guarda do menor, principalmente quando o genitor alienante apresentar conduta que se possa reputar como patológica, determinando, ainda, a suspensão das visitas em favor do genitor alienante, ou que elas sejam realizadas de forma supervisionada;
- e) dependendo da gravidade do padrão de comportamento do genitor alienante ou diante da resistência dele perante o cumprimento das visitas, ordenar sua respectiva prisão.

Aduz a autora que, embora preveja como medida a alteração da guarda, não havia, na época de elaboração do estudo, decisões desta natureza ditadas exclusivamente pelo óbice às visitas do alienado.

No tocante à competência judicial para a apreciação de demandas envolvendo a alienação parental, Dias (2007) aponta como solução verificar a situação em que se encontra a criança. Se a questão envolve a guarda, estando a criança com um dos genitores ou ambos, a vara de família é competente para o julgamento. Se, contudo, o menor possui direitos ameaçados ou violados por condutas abusivas de seus responsáveis, a competência é deslocada para a vara da infância e da juventude, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, atendendo aos apelos de boa parte da doutrina e amparando o número crescente de casos envolvendo a alienação parental, tendo por base também os estudos psiquiátricos sobre o tema, adveio a Lei 12.318, de 26

de agosto de 2010. Interessa conhecer, de pronto, o conceito de ato de alienação parental trazido pelo artigo 2º da referida lei, *in verbis*¹⁹:

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.

Observa-se de início que o artigo transcrito traz um rol de pessoas que podem ser consideradas como alienadoras – genitores, avós, parentes, tutores e responsáveis em geral –, superando qualquer noção que possa limitar a incidência do instituto apenas sobre a figura dos pais. Além disso, o ato específico de alienação parental é consubstanciado pela “interferência na formação psicológica” promovida pela indução de ideias ou comportamentos específicos da criança a fim de repudiar o alienado ou prejudicar os laços afetivos entre eles.

O parágrafo único do artigo acima referido traz exemplos de condutas que possam caracterizar a alienação parental, *in verbis*:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

É perfeitamente perceptível, a partir da análise do dispositivo transcrito, a semelhança de situações com aquelas apontadas pelos estudos relatados no subtópico anterior sobre a Síndrome da Alienação Parental, com identidade de casos. Visualiza-se, ainda, que os atos de alienação parental podem ser cometidos por uma única pessoa ou por várias, todas concorrendo para os mesmos fins,

¹⁹Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 09 de maio de 2014.

atentando-se assim àqueles casos em que o genitor e toda a sua família atuam como alienadores. Tal cautela, segundo Dias (2010b), tem por objetivo impedir que a intermediação de terceiros mascare a constatação de atos de alienação parental.

Interessante notar, também, que o rol de atitudes trazido pela lei não é taxativo (*numerus clausus*), mas meramente exemplificativo (*numerus apertus*). Desse modo, quaisquer condutas que revelem a interferência psicológica a fim de romper a ligação afetiva entre criança e alienado podem ser consideradas atos de alienação parental. Estes atos, de acordo com a lei, podem ser declarados como tal pelo juiz ou constatados através de perícia. Ressalta-se, assim, a prescindibilidade, embora seja de enorme utilidade, da realização de perícia para a verificação do problema, podendo ser reconhecido pelo próprio julgador através de outros elementos probatórios. Isto pode ser corroborado com o disposto no artigo 5º da lei: “Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial²⁰”.

Gonçalves (2011, p. 306) assim explana sobre a questão:

A lei em apreço deixou claro o que caracteriza a alienação parental, transcrevendo uma série de condutas que se enquadram na referida síndrome, sem, todavia, considerar taxativo o rol apresentado. Faculta, assim, o reconhecimento, igualmente, dos atos assim considerados pelo magistrado ou constatados pela perícia. Estendeu ela os seus efeitos não apenas aos pais, mas também aos avós e quaisquer outras pessoas que tenham a guarda ou a vigilância (guarda momentânea) do incapaz. Esclareceu, também, como o Judiciário pode agir para reverter a situação. O juiz pode, por exemplo, afastar o filho do convívio da mãe ou do pai, mudar a guarda e o direito de visita e até impedir a visita. Como última solução, pode ainda destituir ou suspender o exercício do poder parental.

De acordo com o artigo 3º da Lei 12.318 de 2010, nota-se a vinculação do tema da alienação parental à afetividade, ao estabelecer que a prática de ato de alienação parental fere os direitos fundamentais da criança²¹ e do adolescente de convivência familiar saudável, prejudicando a realização do afeto com o genitor alienado, além de constituir abuso contra o menor e descumprimento dos deveres atribuídos à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

²⁰ Perícia biopsicossocial proporciona uma visão integral da criança, avaliando suas dimensões física, psíquica e social, considerando a interação destes fatores para melhor avaliar o seu estado de saúde.

²¹ Gonçalves chama o menor, vítima de alienação parental, de “órfão de pai vivo” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305).

O artigo 4º da citada lei estabelece o rito procedimental a ser observado

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Da análise do dispositivo extrai-se que os atos de alienação parental podem ser denunciados a requerimento das partes ou de ofício pelo juiz, em qualquer momento processual, com tramitação prioritária. Permite a lei que a notícia ocorra tanto através de ação autônoma quanto mediante ação incidental a processo já instaurado, devendo o juiz tomar todas as providências necessárias para obstar o ato ou impedir a sua progressão, zelando pela integridade psicológica do menor e assegurar a sua convivência com o alienado. A percepção acurada do juiz e o exame de tais atos, com apoio técnico se necessário, são decisivos para que se faça a diferenciação e se evite tanto o aprofundamento de eventual processo de alienação parental explícito ou mascarado, como também a intervenção excessiva, a judicialização da convivência íntima (DIAS, 2010b).

Determinada a realização de perícia pelo magistrado, o laudo deve ser apresentado em noventa dias, prazo somente prorrogável por autorização judicial com base em circunstâncias fundamentadas, devendo ser procedida por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados. O exame terá abordagem psicológica e biopsicossocial, feito através de entrevista com as partes, verificação de documentos, análise da personalidade e do histórico de relacionamento e da separação do casal, cronologia dos incidentes e a forma pela qual a criança se manifesta acerca de eventual acusação contra o genitor.

Assim, segundo o artigo 6º da Lei 12.318 de 2010, uma vez constatada a alienação parental, várias sanções podem ser aplicadas pelo juiz, cumulativamente ou não, entre elas: a) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; b) ampliar o regime de convivência familiar em favor do alienado; c) estipular multa ao alienador; d) determinar acompanhamento psicológico ou

biopsicossocial; d) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; e) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; f) declarar a suspensão da autoridade parental.

A fixação de tais sanções não prejudica a responsabilidade civil e criminal do alienador, podendo o juiz utilizar, ainda, quaisquer instrumentos processuais aptos a inibir os efeitos da prática da alienação parental²². Ainda, sobre a alteração da guarda, o artigo 7º estabelece que esta dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança com o outro genitor, sempre que a determinação da guarda compartilhada for inviável.

Assevera-se, segundo Gonçalves (2011), que o artigo 10, que previa pena de detenção de seis meses a dois anos para o parente que apresentasse relato falso a uma autoridade judicial ou membro do conselho tutelar que pudesse ensejar restrição à convivência da criança com o genitor, recebeu o veto presidencial, sob a alegativa de que a aplicação da pena traria prejuízos ao próprio menor, sendo que a inversão da guarda ou suspensão da autoridade parental já são punições suficientes. Tal artigo visava à alteração do artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre o advento da Lei 12.318 de 2010, comenta Gonçalves (2011, p. 307-308):

A lei ora comentada tem mais um caráter educativo, no sentido de conscientizar os pais, uma vez que o Judiciário já vinha tomando providências para proteger o menor, quando detectado um caso da aludida síndrome. A 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, conforme publicação de 9 de agosto de 2010, manteve a suspensão de visitas ao pai que praticara alienação parental. Decidiu-se que o pai da criança necessitava de tratamento psicológico antes de voltar a ter permissão para as visitas. Consta do processo que a mãe, ao buscar o filho na creche, teve a criança tirada de seus braços pelo pai, de forma violenta, e, depois disso, ficou durante cinco anos sem ter informações sobre o paradeiro do menor. Durante esse período, o pai passou à criança conceitos distorcidos sobre a figura materna, para obter a exclusividade do seu afeto, com a rejeição da mãe e a manutenção do seu paradeiro em segredo. Após localizar a criança com o auxílio de programas

²²O Código de Processo Civil, em seu art. 461, autoriza o juiz a lançar mão de quaisquer medidas (ditas coercitivas) necessárias a assegurar o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, para garantir a proteção a situações mais complexas, de controvérsias sobre natureza de eventual ato ou contexto de alienação parental. A lei estende tais proteções às hipóteses de quaisquer condutas que dificultem a convivência da criança ou do adolescente com o genitor. O traço preponderante que orienta o rol de medidas exemplificativas (e não taxativas) da lei não é punitivo, mas de preservação ao bem estar psíquico da criança ou adolescente (DIAS 2010b).

de TV, a mãe obteve a sua guarda provisória e teve conhecimento de que, para não ser encontrado, o pai mudava-se constantemente, tendo passado pela Argentina, Paraguai e Chile, além de cidades do Estado de São Paulo e Barra Velha, em Santa Catarina.

Dias (2010b), por sua vez, ao comentar a lei em questão, afirma não esperar que o diploma seja uma panaceia para todos os problemas envolvendo a alienação parental, mas apenas que, ao menos, aja como ferramenta para assegurar maior expectativa de efetividade na busca de adequada atuação do Poder Judiciário.

Consigna-se, portanto, que a lei 12.318 de 2010, possuindo ou não caráter meramente educativo, veio preencher uma longa e silenciosa lacuna do direito brasileiro, instaurando, positivamente, o instituto jurídico da alienação parental no país, corroborando o trabalho que já vinha sendo realizado pelos tribunais e consolidando a proteção conferida aos direitos das crianças e dos adolescentes. Espera-se, destarte, que o diploma atue como mais um e importante instrumento em favor da preservação da afetividade entre os membros familiares, elemento este presente no conceito contemporâneo de família, para que esta seja, efetivamente, um ambiente propício ao desenvolvimento digno de seus indivíduos.

2 A GUARDA COMPARTILHADA E SUAS CARACTERÍSTICAS

No afã de satisfatoriamente compreender o tema proposto por este trabalho – a problemática da eficácia da implantação da guarda compartilhada como solução aos casos de alienação parental –, e considerando que a alienação parental, enquanto síndrome e instituto jurídico, já foi abordada, com ênfase na noção de afetividade como elemento integrante de seu conceito, faz-se necessário entender o que vem a ser a guarda compartilhada, tendo em vista que esta é apontada como uma das soluções para o problema pelo artigo 6º da Lei 12.318 de 2010 e vem sendo bastante aplicada pelos tribunais.

Antes, todavia, de adentrar ao que é sugerido para este capítulo, é de bom alvitre entender, introdutoriamente, o instituto jurídico da guarda, ressaltando a sua definição, os seus agentes e as suas modalidades, bem como a sua ligação ao poder familiar e ao melhor interesse do menor, partindo-se, através de um processo dedutivo, do todo para se chegar às particularidades, e desbravando o assunto a fim de descobrir as nascentes da guarda compartilhada.

2.1 O Poder Familiar e o Instituto da Guarda

Inicialmente, com esteio nas lições de Venosa (2008, p. 271), ao asseverar que “a guarda dos filhos menores é atributo do poder familiar” e caracterizar a guarda como sendo um dos seus elementos, torna-se imperioso analisar a concepção e os caracteres do poder familiar, a fim de visualizar o berço da guarda.

Segundo Gonçalves (2011, p. 412), *poder familiar*²³ “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos

²³Venosa (Direito Civil: direito de família. Vol. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008) ressalta que o Código Civil de 1916 trazia o termo pátrio poder, que foi substituído pelo Código Civil de 2002 por poder familiar, no intuito de promover a igualdade entre homem e mulher. Já o Projeto do Estatuto das Famílias prefere denominar o antigo pátrio poder de autoridade parental, entendendo que a ideia de poder não deve existir no seio familiar. Gonçalves (Direito Civil Brasileiro: direito de família. Vol. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011) afirma que a denominação “poder familiar” é mais apropriada que pátrio poder, porém não é a mais adequada, por referir-se ainda à ideia de “poder”. Relata o autor que o poder familiar não possui mais a noção absoluta de tempos mais remotos, como no direito romano, por exemplo. Neste, o poder familiar visava somente ao interesse do chefe de família, o *pater*, que possuía direito de vida e de morte sobre os filhos. Com a chegada do Cristianismo, o

menores”. Nas palavras de Rodrigues (2004, p. 356), “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Tal instituto resulta da necessidade do ser humano, enquanto criança ou adolescente, de ser cuidado, amparado, educado, protegido, direcionado e alimentado, atribuindo-se aos pais estas funções em relação aos filhos menores, cabendo-lhes inclusive a prerrogativa de representá-los em juízo ou fora dele, como forma de garantir os seus direitos personalíssimos adquiridos desde o nascimento com vida. Assevera Gonçalves (2011) que o poder familiar é um *munus* público, ou seja, um ministério imposto pelo Estado aos pais, instituído no interesse dos filhos e da família, e não em proveito dos genitores.

Venosa (2008) aponta três características do poder familiar, sendo este: a) indisponível, não podendo ser transferido para terceiros por iniciativa dos titulares – ressalva-se que os pais que consentem na adoção não transferem o poder familiar, mas renunciam a ele; b) indivisível, uma vez que não pode ser fracionado – com a ressalva da possibilidade de divisão do seu exercício, como ocorre quando os pais são separados; e c) imprescritível, pois não pode ser extinto pelo decurso do tempo ou pelo desuso, somente podendo o genitor perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei. Gonçalves (2011) aponta, ainda, como característica a sua incompatibilidade com a tutela, não se podendo nomear tutor ao menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar. Diniz (2011), por fim, reconhece a natureza de uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos.

De acordo com o Código Civil de 1916²⁴, o “pátrio poder” era conferido ao pai, genitor masculino, que o exercia com auxílio da mãe, porém com proeminência de sua vontade em caso de divergência. Assim, o exercício do poder familiar não era simultâneo, mas sucessivo, uma vez que a mulher somente gozaria da prerrogativa

poder familiar passou a ser tido com caráter eminentemente protetivo, despertando o interesse também do Estado em garantir o desenvolvimento das gerações futuras.

²⁴“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 15 de maio de 2014).

se o homem faltasse ou fosse impedido de fazê-lo, cabendo a esta apenas a função colaborativa.

A Constituição da República de 1988, no entanto, aboliu com qualquer diferenciação na condução da família, estatuidando em seu artigo 226, parágrafo 5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”²⁵. Nesta esteira seguiu o Código Civil de 2002²⁶, ao estabelecer, no artigo 1631, o exercício conjunto do poder familiar, durante o casamento ou a união estável.

Gonçalves (2011), porém, critica a redação do dispositivo mencionado do Código Civil de 2002, pois o poder familiar não está necessariamente vinculado ao casamento ou à união estável, tendo em vista decorrer da paternidade. Segundo o autor, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, à exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder, atribuída a um dos pais. Rodrigues (2004) assevera que ambos os genitores exercem simultaneamente o poder familiar, independentemente do vínculo entre eles.

Sendo a guarda uma parcela do poder familiar, Venosa (2008) ressalta que, mesmo nos casos de guarda unilateral, atribuída a um dos genitores, restando ao outro o direito de visita e de convivência, este poder, em relação ao pai que não é guardião, não é suprimido ou suspenso, mas apenas enfraquecido. O autor também faz referência aos casos em que a guarda é deferida a terceiros, sendo que o exercício por estes de uma das prerrogativas do poder familiar não o retira totalmente dos genitores. Por tais razões é que este poder não está adstrito à constância do casamento ou da união estável.

Além da guarda, o Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 1.634, uma série de direitos e deveres incumbidos aos pais que constituem, em conjunto, as prerrogativas do poder familiar, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

²⁵Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2014.

²⁶Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 15 de maio de 2014.

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É importante, ainda, para compreensão global do instituto abordado, aduzir que o Código Civil estabelece as hipóteses de extinção e de suspensão do poder familiar, nos seus artigos 1.635 e 1.637, respectivamente. Assim, o poder familiar pode ser suspenso quando um dos genitores abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, ou quando condenado, por decisão irrecorrível, à pena privativa de liberdade superior a dois anos. Extingue-se o poder familiar pela morte de um dos pais, pela emancipação ou maioridade do filho, pela adoção e por decisão judicial baseada no artigo 1.638 do Código Civil – ou seja, quando um dos pais castigar imoderadamente o filho ou deixá-lo em abandono, ou quando praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

Entendida, portanto, a concepção de poder familiar, e visto que a guarda, em relação a este, é parcela ou um de seus elementos ou prerrogativas, constante do rol de atributos consignados pelo artigo 1.634 do Código Civil, acima transcrito, compreendendo-se a sua origem, é possível definir a guarda como sendo um dever-direito atribuído aos pais para conduzir, vigiar, orientar e comandar a vida dos filhos. É o atributo que envolve a custódia e a criação propriamente dita da prole.

Assim, cabe aos pais definir o domicílio dos filhos, seu local de estudo, funções domésticas, deveres, proibições, diversões, entre outros. Sobre este dever, aduz Diniz (2011, p. 594-595):

Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo o seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores. Se confiarem a guarda de seus filhos a pessoa que sabem que os prejudicará material ou moralmente, cometerão o delito previsto no Código Penal, art. 245. Como os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor.

Além disso, assevera Gonçalves (2011) que, sendo o pai legalmente responsável pelos atos ilícitos cometidos pelo filho menor, o direito de guarda é indispensável para que exerça sobre ele a vigilância necessária. Segundo o autor, como ambos os pais exercem o poder familiar, a presunção de responsabilidade advém antes da guarda que daquele. Assim, se a guarda pertence a apenas um dos genitores, a este é atribuída a responsabilidade pelos ilícitos do filho.

Ainda, de acordo com o artigo 1.703 do Código Civil, ambos os pais, detentores da guarda, devem contribuir para o sustento dos filhos, na proporção de seus recursos. Contudo, a insuficiência, ou ausência, de meios próprios para sustentar os filhos não será, por si só, motivo para perda de guarda ou do poder familiar.

Venosa (2008) relata, além do modo de exercício da guarda quando da constância do casamento, a forma como deve ocorrer nos casos de dissolução amigável do vínculo conjugal, asseverando que os cônjuges devem dispor acerca da guarda, criação e educação dos filhos, incluindo o direito de visita, devendo a vontade dos consortes, *a priori*, ser respeitada. Nas palavras do autor (2008, p. 177):

Cabe aos pais disciplinar, não somente sobre os alimentos, mas também sobre a guarda e o direito de visitas, descrevendo com minúcias as formas de convivência nas férias escolares e festividades religiosas, como o período natalino. Os pais devem decidir sob a guarda de qual deles ficarão os filhos. Os filhos em tenra idade devem ficar preferencialmente com a mãe. Situação delicada enfrentada com frequência é de pais que se separam e um deles obtém a guarda dos menores, indo residir em local distante ou no exterior. Nem sempre será fácil a harmonização dos direitos de visita. O juiz deverá procurar a solução prevalente que melhor se adapte ao menor, sem olvidar-se dos sentimentos e direitos dos pais.

Situação diferente e mais delicada diz respeito à questão da guarda em casos de separação litigiosa, em que cabe ao juiz a sua atribuição exclusiva a um dos cônjuges²⁷, na maioria dos casos, ou optar por outra modalidade. Recomenda Venosa (2008) que deva ser sempre profundamente analisado o caso concreto para se determinar qual solução resguarda o melhor interesse do menor, ocasionando-lhe mínimos prejuízos morais e materiais possíveis.

²⁷É importante ressaltar que a atribuição exclusiva da guarda a um dos genitores não retira o direito de visita e convivência do outro, sendo inarredável esta prerrogativa, garantida pelo artigo 1.589 do Código Civil de 2002, cabendo ao genitor não guardião o direito de visita, de companhia e de fiscalizar sua manutenção e educação. Segundo Venosa (2008), pode o magistrado estender o direito de visita aos avós e outros parentes, considerando os laços de afetividade que os envolve (Direito Civil: direito de família. Vol. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008).

Nesta linha de raciocínio, o artigo 1.584 do Código Civil determina que a guarda deva ser atribuída ao genitor que revelar melhores condições de exercê-la, jogando por terra qualquer tipo de presunção legal ou preferência por pessoas com melhor situação financeira, pois a análise das condições de exercício envolve também as questões afetivas e emocionais que envolvem a criança, sendo possível até mesmo a atribuição da guarda a terceiros, quando não seja possível a entrega a um dos genitores.

Dolto (1988 apud DINIZ, 2011, p. 340) afirma que a guarda deve atender a três referenciais de continuidade: a) o *continuum* de afetividade, segundo o qual o menor deve ficar sob a guarda do genitor em cuja companhia se sentir mais feliz e seguro – logo, é preciso saber averiguar quem é o genitor que representa para a criança uma figura de apego, sendo o seu porto seguro nos momentos difíceis, garantindo-lhe segurança, cuidado adequado e confiança tão necessários para o bom desenvolvimento de suas potencialidades, de seu caráter e de sua personalidade; b) o *continuum* social, considerando-se o ambiente vivido pelo menor no instante da separação dos pais; e c) o *continuum* espacial, preservando seu espaço, porque a personalidade do menor nele se constrói e se desenvolve, considerando que quando há mudança do local onde vive, da escola onde estuda, ou da igreja que frequenta, “a criança perde seu referencial de espaço, ou melhor, o envoltório espacial de sua segurança e, conseqüentemente, poderá haver desequilíbrio em seus relacionamentos sociais [...]”.

Assim, na fixação da guarda, bem como na escolha de sua modalidade, tem o juiz uma discricionariedade para proferir sua decisão, devendo considerar sempre o melhor interesse da criança ou do adolescente, após a análise do caso concreto, na forma em que será adiante abordado.

2.2 O Princípio do Melhor Interesse do Menor e as Modalidades de Guarda

Conforme visto, a guarda deve ser atribuída, em casos de separação litigiosa, onde não há consenso entre os consortes, ao cônjuge com melhores

condições²⁸ de exercê-la. Para isso, deve o julgador avaliar precipuamente o caso concreto e decidir com base naquilo que se revelar, a partir da perscrutação, melhor para a criança ou para o adolescente em relação à definição do titular da guarda e da modalidade mais apropriada de ser aplicável. Percebe-se, com isto, a importância da avaliação do melhor interesse do menor para o julgamento. Portanto, é imprescindível, antes de adentrar aos tipos de guarda, que seja compreendido este princípio.

Diniz (2011) chama o melhor interesse da criança de princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Segundo a autora (2011, p. 37-38), este permite “o integral desenvolvimento de sua personalidade e é diretriz solucionadora de questões conflituosas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita etc.”.

Este princípio tem base constitucional, previsto no art. 227, caput, da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa proteção ainda é regulamentada, em patamar infraconstitucional, pelo art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, asseguradas todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Tartuce (2006, p. 11-12), comentado o princípio do melhor interesse do menor, ensina:

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita. O primeiro dispositivo é o art. 1.583 do Código Civil em vigor, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por

²⁸O Enunciado n. 102 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “a expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão *guarda de filhos* constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança. Se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar *melhores condições* para exercê-la (art. 1.584 do CC). Certamente, a expressão *melhores condições* constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso. Como se pode perceber, no caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não mais influencia quanto à guarda de filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional.

Gonçalves (2011) enxerga no princípio do melhor interesse do menor a proteção à pessoa dos filhos. Assevera o autor que na separação judicial e no divórcio consentidos prevalece, quanto à guarda, o que os cônjuges dispuserem. No entanto, com base nos artigos 1.574 e 1.590 do Código Civil de 2002, pode o juiz recusar a fixação da guarda estabelecida se não entender como preservados os interesses dos filhos. Ainda, o digesto prevê a atribuição da guarda àquele genitor com melhores condições de exercê-la, segundo os interesses do menor. Neste sentido, aduz o autor (2011, p. 291):

A inovação rompeu com o sistema que vincula a guarda dos filhos menores à culpa dos cônjuges. Não mais subsiste, portanto, a regra do art. 10 da Lei do Divórcio de que os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. Assim, mesmo que a mãe seja considerada culpada pela separação, pode o juiz deferir-lhe a guarda dos filhos menores, se estiver comprovado que o pai, por exemplo, é alcoólatra e não têm condições de cuidar bem deles. Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano. A solução será, portanto, a mesma se ambos os pais forem culpados pela separação e se a hipótese for de ruptura da vida em comum ou de separação por motivo de doença mental. A regra inovadora amolda-se ao princípio do “melhor interesse da criança”, identificado como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, 2º), em razão da ratificação pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/89.

Complementa Gonçalves (2011, p. 293):

Deve-se sempre dar primazia aos interesses dos menores. Em questões de família, a autoridade judiciária é investida dos mais amplos poderes. Por isso, o art. 1.586 do Código Civil permite que, a bem deles, o juiz decida de forma diferente dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, desde que comprovada a existência de *motivos graves*. A questão da guarda admite revisão, sempre a bem do menor, com base no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada.

Sobre o assunto, preleciona Diniz (2011, p. 326):

Quanto à questão da guarda (unilateral ou compartilhada) dos filhos menores [...], e dos maiores incapazes, há, como se pôde ver, o apelo à equidade, pois o juiz, não mais havendo consideração da culpabilidade pela dissolução da sociedade conjugal, nem prevalência da guarda pela mãe em razão de exercício da profissão pelo pai fora do lar, ao aplicar esses dispositivos deverá, valendo-se, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se for necessário, de profissionais especializados (psicólogo, assistente social, p. ex.) ou de equipe interdisciplinar, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda conjunta [...], averiguar certas circunstâncias: idade dos filhos; conduta dos pais; possibilidade de ocorrência da síndrome de alienação parental [...]; melhores condições etc.

No que pertine à questão do interesse do menor nos casos de guarda nas separações de fato, Gonçalves (2011) destaca que o Código Civil não regulou a matéria, mas a jurisprudência tende a manter o *statu quo*, ou seja, deixar os filhos com quem se encontram, até que, no procedimento de divórcio, o juiz decida em definitivo sobre a fixação da guarda.

Outro ponto que visa ao melhor interesse da criança ou do adolescente reside no direito de visita, que, além de prerrogativa do genitor não guardião, é direito também dos filhos, em nome da necessidade de convivência afetiva com ambos os pais. Assim, nas separações consensuais, cabe aos cônjuges regulamentá-lo, ou ao juiz, nos casos de separações litigiosas em que não há consenso.

Um fator importante do direito de visita, que toca o superior interesse do menor, localiza-se em não possuir caráter definitivo, devendo ser modificado sempre que as circunstâncias aconselharem. Tampouco é absoluto²⁹, pois, em que pese o significado da solução de nunca privar o genitor de ver seus filhos, há situações em que o exercício deste direito pode causar graves prejuízos, especialmente morais, devendo, portanto, ser revisto à luz do princípio do melhor interesse da criança.

Neste sentido, explana Leite (1996, p. 90-91):

[...] o direito de visita deve ser estabelecido com base em razões de fato que engajarão a decisão do Juiz. Dentre essas razões priorizar-se-ão a conduta do casal anterior à separação, o grau de afetividade dos mesmos

²⁹A [...] Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevê que o juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderá, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas protetivas de urgência, aplicar ao agressor a de 'restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar'. A troca de ofensas entre pais e a exaltação de ânimos, com risco de agressões físicas, não é, todavia, motivo para se proibirem as visitas do genitor que não ficou com a guarda do filho. A cautela do juiz deve voltar-se para impedir, apenas, que as visitas sejam realizadas na presença de ambos os pais" (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. Vol 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302).

em relação aos filhos, as condições de ordem psicológica e emocional. Em um segundo momento dever-se-á considerar a idade, saúde, sentimentos e necessidades da criança e, quando possível, sua manifestação concreta, mediante consulta e/ou ouvida pessoal. O recurso à pesquisa social deverá acompanhar todas as decisões judiciais, quando o grau de convencimento do Juiz for insuficiente. [...] O interesse do filho, portanto, em matéria de visita, é de ordem pública, e deve ser soberanamente apreciado pelo juiz levando-se em consideração três ordenas de fatores: o interesse da criança, primordialmente; as condições efetivas dos pais, secundariamente, e, finalmente, o ambiente no qual se encontra inserida a criança. O interesse maior do filho justifica toda e qualquer modificação ou supressão do direito sempre que as circunstâncias o exigirem.

Comungando deste entendimento, complementa Gonçalves (2011, p. 301-302):

Deve o juiz, destarte, resguardar os filhos menores de todo abuso que possa ser praticado contra eles pelos pais, seja de natureza sexual, seja sob a forma de agressão, maus-tratos, sequestros e outros, afastando o ofensor diante de situações comprovadas ou de flagrantes indícios. Nessa linha, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que o direito de visitar o filho é respeitável e digno de proteção, desde que não cause danos e prejuízos a ele. Na hipótese, os vínculos afetivos encontravam-se comprometidos de modo severo, uma vez que o pai era acusado da prática de atos libidinosos em relação à filha, na época com oito anos de idade. Esta prestou depoimentos e afirmou que sentia medo do comportamento do pai, que fazia uso imoderado de bebida alcoólica durante as visitas e dirigia o veículo em alta velocidade. O pai alegou que a decisão de primeira instância, que proibiu o contato pessoal entre pai e filha, levaria à extinção do poder familiar. A Turma Julgadora, todavia, entendeu que a visitação íntegra, mas não esgota, o poder familiar, pois o papel da família é recheado de outros direitos e deveres, entre eles o de respeito e o de socorro. Concluiu o relator: “Não se pode permitir a retomada do regime de visitas diante das graves imputações feitas ao pai, colocando em risco a incolumidade física e emocional da filha adolescente”.

Destarte, visto a forma como o ordenamento jurídico brasileiro protege o melhor interesse da criança e do adolescente, devendo este princípio ser sempre considerado, após o exame do caso concreto, pelo julgador, para a fixação da modalidade de guarda – especialmente quando o acordo feito pelo casal nos casos de divórcio consensual não privilegia o bem-estar dos filhos e quando não há consenso entre os consortes sobre a guarda nas situações de divórcio litigioso – passa-se, então, à análise das diferentes espécies de atribuição da guarda dos menores.

Para as situações especiais referidas no parágrafo anterior, o Código Civil estabelece duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada. Antes de comentá-las, contudo, é interessante observar que o Estatuto da Criança e do

Adolescente³⁰ também dispõe sobre tipos de guarda de menores em casos de extinção ou suspensão do exercício do poder familiar pelos pais, ou quando estes, por quaisquer motivos, estiverem impedidos de exercê-lo, regulando a sua colocação em famílias substitutas, ou, ainda, em casos de adoção, cuja importância em conhecê-los reside na sua ligação com o princípio do melhor interesse do menor.

Para Grisard Filho (2005, p. 80-87), é possível afirmar, inicialmente, que a guarda pode ser: a) de fato; b) provisória; c) definitiva; e d) satisfativa, permanente ou peculiar.

A *guarda de fato* ocorre quando um indivíduo, parente ou não, decide, por liberalidade própria, exercer a guarda do menor, sem qualquer imputação legal ou judicial que o obrigue, possuindo obrigações de cuidado em relação a ele, porém sem as prerrogativas conferidas a partir do reconhecimento da lei ou mediante sentença.

A *guarda provisória*, por sua vez, também chamada de *temporária*, advém da necessidade de atribuir a um dos cônjuges os cuidados sobre os filhos durante o desenrolar do processo judicial de dissolução do vínculo matrimonial. Existe, portanto, em respeito aos interesses dos filhos, que não podem ficar indefinidamente desamparados, sendo conferida, em regra, àquele que se encontra na posse da criança ou do adolescente. Também pode ser deferida a guarda provisória àquele indivíduo, conforme visto, que possui a guarda de fato, ou a determinada pessoa nos casos em que o menor se encontre abandonado, perdurando enquanto é judicialmente resolvida a sua situação³¹.

Após o deslinde do feito de divórcio litigioso, de tutela ou de adoção, analisando-se, através de cognição exauriente, no caso concreto, aquele que possui as melhores condições para exercer a guarda, esta, de acordo com o melhor interesse do menor, será finalmente atribuída a um dos cônjuges, ao tutor, ao adotante ou àquele que possui a guarda de fato. É o que se chama, portanto, de *guarda definitiva*³².

³⁰Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 17 de maio de 2014.

³¹A guarda provisória pode ser deferida, ainda, incidentalmente, em processos de tutela ou de adoção, mediante cognição sumária, podendo ser revogada a qualquer tempo, inclusive de ofício.

³²Em verdade, a guarda jamais será definitiva, uma vez que o artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim estabelece: "A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato

Ainda, o artigo 33, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a *guarda satisfativa, permanente* ou *peculiar*. Nos termos do dispositivo: “Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para prática de atos determinados”.

Esta modalidade, como se nota, não está ligada ao poder parental, à tutela e à adoção. Ocorre, por exemplo, com frequência, entre avós e netos, quando estes são deixados aos cuidados daqueles pelos pais que rompem uma relação conjugal e passam a buscar novas uniões ou empregos. Assim, para que possam exercer o ministério da criação a contento, superando diversos entraves burocráticos do cotidiano, os avós buscam transformar a guarda de fato em guarda jurídica, reconhecida por decisão judicial, o que se dá por intermédio da guarda satisfativa.

Também pode ser deferida a guarda satisfativa a terceiros, sem vínculo parental, que visam, com fins altruísticos, obter a guarda jurídica de um menor. Ainda, podem ser inseridos nesta modalidade os casos de ausência passageira dos pais, como, por exemplo, encontrar-se em viagem para o exterior, ou de impossibilidade, como deficiência mental transitória, entregando-se a titularidade da guarda a terceiros, parentes ou não, que exercem o ministério até cessar a ausência ou a impossibilidade dos pais.

É possível classificar, ainda, a guarda em *material* e *jurídica*. Aquela consiste em manter o menor sob a proteção e companhia do guardião, enquanto esta implica no direito de gerir a pessoa do menor, decidindo sobre a sua moradia, educação, lazer, tarefas, proibições, entre outros aspectos, ou seja, tudo que está imbrincado a sua formação moral e intelectual. Desse modo, o genitor guardião exerce ambas as modalidades, cabendo ao outro o direito de visita, de convivência e de fiscalização.

Divide-se, também, a guarda em *originária* e *derivada*. Quando os pais exercem a criação do menor, zelando por sua integridade e por seu crescimento, exercendo efetivamente o poder familiar, diz-se que a guarda é originária. Quando,

judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”. Desse modo, modificando-se a situação fática ou jurídica que serviu de substrato para a decisão judicial “definitiva”, autoriza-se a revogação ou modificação da guarda, em nome da noção jurídica da cláusula *rebus sic stantibus*, podendo a guarda do menor ser repassada a quem demonstre melhores condições de exercê-la ou a uma instituição, tendo em vista que definitividade não se confunde com inalterabilidade, apenas esta última significando perenidade.

porém, este atributo do poder familiar emana da lei, conferido ao adotante ou a quem, nomeado por testamento ou não, exerça a tutela do menor, ou, ainda, àqueles que detêm a guarda de modo satisfativo ou provisório, diz-se que a guarda é derivada. Por exemplo, as modalidades de guarda previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, acima referidas, caracterizam-se como derivadas.

Ainda, pode-se classificar a guarda em *comum* ou *delegada*. Aquela decorre do seu natural exercício pelos pais, direito decorrente da genitura, seja desempenhada na constância do casamento ou da união estável, seja executada nos casos de separação, sob a modalidade compartilhada, por exemplo. É tida a guarda como delegada quando, conforme analisado, por exemplo, nos casos do Estatuto da Criança e do Adolescente, é entregue a terceiros não naturalmente detentores do poder familiar.

Passando-se, neste momento, às modalidades de guarda previstas pelo Código Civil de 2002, a primeira que se demonstra pululante é a *guarda unilateral*, prevista pelo artigo 1.583 e definida por seu parágrafo primeiro como “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, que, por evidente, é a forma mais comum.

O parágrafo segundo do mencionado dispositivo legal ressalta que a guarda unilateral será conferida àquele genitor com melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais apto a proporcionar aos filhos saúde, segurança, educação e afeto, evidenciando, assim, a preservação do melhor interesse da criança e do adolescente. Segundo Gonçalves (2011, p. 294), afasta-se “qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros”. Complementa o autor (2011, p. 294):

A ordem dos fatores a serem observados na atribuição da guarda unilateral não deve ser considerada preferencial, tendo todos eles igual importância. Na realidade, deve o juiz levar em conta a melhor solução para o *interesse global* da criança e do adolescente, não se olvidando de outros fatores igualmente relevantes como dignidade, respeito, lazer, esporte, profissionalização, alimentação, cultura etc. [...].

Sobre o termo “melhores condições”, questiona Diniz³³ (2011, p. 326):

³³Para a autora, o *superior interesse da criança e do adolescente* é o principal critério de controle do exercício do poder familiar, sem inibir o direito dos pais, permitindo sua criação e educação por ambos, desde que nenhum deles venha abusar de suas prerrogativas. Nas palavras da autora, “atenderá ao superior interesse do menor se levar em conta todos os elementos conducentes ao seu bom desenvolvimento educacional, à sua saúde, física e psíquica, à convivência familiar [...], à

Que melhores condições seriam essas exigidas para se atribuir a guarda unilateral a um dos genitores? Econômico-financeiras? Morais? Sociais? De saúde, por não ser portador de um mal físico ou psíquico? De afetividade? Retidão de conduta? De manter o mesmo padrão de vida que a criança ou adolescente tinha, antes da separação dos pais? De proporcionar melhor educação ou qualidade de vida, permitindo o pleno desenvolvimento, inclusive o emocional, da prole? De disponibilidade de tempo para cuidar dos filhos?

Complementa a autora (2011, p. 328):

O órgão julgante, em busca da decisão acertada, deverá [...] ter como parâmetros: relações de afeto, meio social, idoneidade moral e financeira, integridade física e mental, localização da residência e da escola etc., sem olvidar da análise pessoal de ambos os genitores e da oitiva não só do menor como também de todas as pessoas intimamente ligadas a ele e ao casal. Além disso, o princípio da mutabilidade da sentença judicial [...] está consagrado pela doutrina e jurisprudência [...], visto que não faz coisa julgada material, mas formal.

Interessante notar, ainda, que o artigo 3º do artigo 1.583 determina ao genitor não guardião a obrigatoriedade de exercer a fiscalização do exercício da guarda por quem a detenha, consubstanciando-se, portanto, um poder-dever, ou seja, muito mais que um direito e uma faculdade, a supervisão é uma obrigação. Para Gonçalves (2011, p. 294), “estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado ‘abandono moral’”. Além disso, o genitor não guardião possui direito de visita e de convivência com o filho, segundo o que for acordado com o outro cônjuge ou fixado pelo juiz, conforme previsto pelo artigo 1.589 do diploma civil.

Estabelece, também, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.584, que a guarda unilateral³⁴ pode estipulada por ambos os pais, em consenso, ou requerida

sua realização pessoal, ao respeito à sua dignidade como ser humano etc. identificáveis conforme subsídios apontados em parecer emitido por uma equipe especializada multidisciplinar, composta por pedagogo, psicólogo, assistente social etc. E se houver motivo grave, o juiz poderá, no interesse da prole, regular de modo diferente do estabelecido em lei a situação deles para com os pais [...]” (Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. Vol. 5. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327).

³⁴É importante destacar que a guarda atribuída a terceiros é espécie de guarda unilateral, tendo em vista que o seu conceito, conforme antes mencionado, envolve a sua atribuição aos pais ou a alguém que os substitua, nos termos do artigo 1.583, parágrafo primeiro, do Código Civil de 2002. Assim, se o juiz verificar que “o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”, segundo dispõe do artigo 1.584, parágrafo quinto, daquele diploma. Para Carlos Roberto Gonçalves, “não há dúvida de que tal dispositivo se aplica não só a guarda unilateral como também à *compartilhada*, malgrado nenhuma referência a esse respeito tenha sido feita. Observa-se, no entanto, que o parágrafo supratranscrito deve ser interpretado em conjunto com o *caput* do artigo, que assim preceitua: ‘A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser.’” (Direito Civil Brasileiro: direito de família. Vol. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297).

por um deles em ação autônoma de divórcio, de separação ou de dissolução de união estável, ou em medida cautelar. O descumprimento imotivado ou a alteração não autorizada de quaisquer termos do acordo sobre a guarda ou daquilo fixado judicialmente poderá implicar na redução das prerrogativas concedidas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

O artigo 1.588 estabelece que a superveniência de novas núpcias não retira, por si só, a guarda de quem a detenha, exceto por ordem judicial caso seja demonstrado que os filhos não estejam sendo convenientemente tratados. Ainda preservando o interesse do menor, pode o juiz alterar quaisquer das formas pelas quais a guarda foi fixada, conforme o artigo 1.586 do digesto civil.

Gonçalves (2011), sobre a guarda unilateral, afirma que esta tem sido a modalidade mais comum a ser aplicada pelos julgadores. Segundo o autor (2011, p. 293), tal espécie tem “o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a [...] Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada [...]”.

Nesta linha de intelecção, assevera Grisard Filho (2000, p. 108):

Essa modalidade apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda. A sistemática atribuição da guarda à mãe gerou distorções no sistema, levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

Considerando estes problemas apontados referentes à guarda unilateral, em especial a exclusão da convivência sadia e satisfatória entre pais e filhos, criou-se a segunda modalidade de guarda prevista pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.583: a *guarda compartilhada*, que, por sua importância ao presente trabalho, merecerá especial atenção em nicho próprio, bem como a abordagem de duas outras espécies de guarda (alternada e nidação), ressaltando a diferenciação entre elas, uma vez que próximas.

2.3 O Instituto Jurídico da Guarda Compartilhada

O Código Civil de 2002 prevê expressamente a modalidade da guarda compartilhada em seu artigo 1.583, definindo-a, no parágrafo primeiro como “a

responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Defere-se, portanto, o dever de guarda de fato a ambos os genitores, implicando em uma relação ativa e permanente entre eles e os filhos.

É interessante notar que o Código não apenas prevê, mas recomenda a fixação da guarda compartilhada sempre que não houver acordo entre os genitores, conforme o parágrafo segundo do artigo 1.584 do diploma civil.

Da mesma forma que a guarda unilateral, pode ser estipulada a consenso por ambos os genitores ou requerida mediante ação autônoma de separação, divórcio ou dissolução de união estável ou em medida cautelar, devendo ser decretada pelo juiz em razão das necessidades do filho, distribuindo o tempo de convívio entre os pais. O magistrado pode basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência, ficando os pais sujeitos a redução de suas prerrogativas em caso de alteração não autorizada de qualquer das estipulações judiciais ou por seu descumprimento imotivado.

Gonçalves (2011) explica que, mesmo antes do surgimento do instituto jurídico da guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, a doutrina³⁵ e a jurisprudência já apontavam para a inexistência de restrição legal ao estabelecimento da guarda compartilhada, em nome do necessário e sadio convívio entre pais e filhos, repercutindo no desenvolvimento destes últimos. Assevera o autor (2011, p. 295):

Um novo modelo passou, assim, aos poucos, a ser utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos e divorciandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos. Tal sistema é muito utilizado nos Estados Unidos da América do norte com o nome de *joint custody*. Os casos mais comuns são os de pais que moram perto um do outro, de maneira que as crianças possam ir de uma casa para outra o mais livremente possível; de alternância periódica de casas, em que a criança

³⁵“Por vezes, o melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor. A questão da guarda, porém, nesse aspecto, a pessoas que vivam em locais separados não é de fácil deslinde. Dependerá muito do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. Vol. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 191).

passa um tempo na casa de um dos pais e um tempo igual na casa do outro; e de permanência com um genitor durante o período escolar e nas férias com o outro.

Antes mesmo da inserção no Código Civil da guarda compartilhada como instituto jurídico pela Lei 11.698/2008, já preceituava Grisard Filho (2000, p. 112) que a:

custódia física, ou custódia partilhada, é uma nova forma de família na qual os pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões.

Ainda, antes da implantação do instituto, a doutrina costumava classificar a guarda compartilhada em jurídica e material. Naquela, os pais administram em conjunto as principais decisões da vida dos filhos, sem, no entanto, usufruir da mesma qualidade de convivência. Nesta, os genitores possuem igualdade ou quase igualdade de tempo e de condições para ficar em companhia da prole. No entanto, após a inauguração do instituto³⁶, dirime-se qualquer divergência, caracterizando-se a guarda compartilhada tanto como jurídica quanto material.

Grisard Filho (2009, p. 91) afirma que:

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito

³⁶Sobre o advento da guarda compartilhada enquanto instituto jurídico, previsto expressamente pelo Código Civil, Maria Berenice Dias possui instigante, embora breve, artigo, intitulado “Filho da mãe”, cuja teor, ao menos em parte, é importante conhecer: “A expressão ‘filho da mãe’ tem conotação ofensiva. É utilizada como palavrão. Com significativo pejorativo, serve para desqualificar a mãe de alguém. [...] De qualquer modo, trata-se de manifestação que retrata uma realidade que ainda vigora. É a maternidade que conta. [...] O certo é que a mãe sempre se sentiu proprietária exclusiva do filho. Esta crença é um resquício da estrutura patriarcal da família, em que havia uma divisão de tarefas. Enquanto ao homem era reservada a vida pública, as mulheres ficavam confinadas no lar, sendo de sua exclusiva responsabilidade a administração da casa e o cuidado dos filhos. [...] As mudanças ocorridas no mundo contemporâneo levaram à inserção das mulheres no mercado de trabalho, o que permitiu ao homem descobrir as delícias da paternidade. [...] Esta verdadeira revolução acabou repercutindo quando do fim dos relacionamentos e o rompimento da vida sob o mesmo teto. [...] Ao dar-se conta de que a separação não pode significar rompimento do vínculo da filiação, passou a reivindicar participação mais efetiva para acompanhar seu crescimento. [...] Daí a guarda compartilhada, que acaba de ser incorporada no sistema jurídico pátrio como preferencial [...]. Ao contrário do que todos proclamam esta não foi uma vitória dos pais, mas uma grande conquista dos filhos, que não podem mais ser utilizados como moeda de troca ou instrumento de vingança. Acabou a disputa pela posse do filho que, tratado como mero objeto, ficava sob a guarda da mãe que detinha o poder de permitir ou não as visitas do pai. Agora os filhos adquiriram o direito de não serem mais chamados de filhos da mãe!” (Filho da mãe. 2008b. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_filho_da_m%E3e.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2014).

de ter ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

É de suma importância consignar que a guarda compartilhada, embora permita a igualdade de direitos de ambos os pais em relação aos filhos, possuindo igualdade de condições para manter a convivência sadia e a tomada de decisões, conduzindo-se a vida dos filhos da mesma forma, ao menos idealmente, que na constância do casamento, favorecendo, assim, a manutenção dos laços de afetividade, e embora atribua a ambos os pais os mesmos deveres de cuidado, criação e assistência, não significa que os filhos possuam duas residências, vivendo alternadamente com um e outro genitor. Os filhos, e é de bom alvitre que assim seja, devem permanecer em uma residência fixa, de propriedade de um dos genitores, mantendo uma continuidade afetiva e espacial em relação ao local em que estão se desenvolvendo, mantendo também, por exemplo, a mesma rotina, a mesma escola, as mesmas companhias, de forma a minimizar os prejuízos advindos da ruptura da relação conjugal de seus genitores.

Alerta Gonçalves (2011) que a guarda compartilhada não pode ser indiscriminadamente imposta como solução para todas as situações, havendo casos para os quais é contraindicada, mas deve ser aplicada sempre que houver interesse dos pais e for mais conveniente para os filhos. Para o autor, esta modalidade traz mais prerrogativas aos genitores, aumentando sua presença e participação na vida da prole, estreitando-se os vínculos afetivos.

Grisard Filho (2000) aduz que em casos de pais em constante conflito, sem diálogo e sem cooperatividade, cujas condutas revelam o desejo intermitente de disputas e boicotes, o tipo de educação concedido aos filhos resta contaminado, razão pela qual a guarda compartilhada pode ser extremamente lesiva à prole.

Sobre as dificuldades na implantação da guarda compartilhada ressalva Venosa (2008, p. 191):

[...] O difícil, justamente, é chegar-se a um acordo no calor de uma separação. A guarda, porém, pode ser alterada no futuro, quando os espíritos estiverem mais apaziguados. Não resta dúvida de que a solução da guarda compartilhada é um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente.

Neste sentido, a guarda compartilhada tem ou deve ter a função de proteger o menor, propiciando o seu desenvolvimento moral e a sua estabilidade

emocional. Busca-se, com a sua implantação, diversificar as influências que atuam na formação da personalidade da criança, ampliando-se o seu espectro afetivo e permitindo a sua inserção no seio social, a partir da conservação dos laços de afetividade que devem unir, necessariamente, pais e filhos. Assim, a guarda compartilhada possibilita adequar a relação entre genitores e prole, para que o afeto entre eles não diminua ou não se extinga, minimizando a perda das referências de seus pais quando da ruptura do vínculo matrimonial.

Ressalta-se que a importância da guarda compartilhada reside, ainda, em evitar que a criança ou o adolescente cresça sem passado, ou seja, impedir que se desenvolvam sem conhecer o histórico de vida de um de seus genitores, de seus antepassados, sua cultura e seus valores, atributos que contribuem para formar o alicerce moral, emocional e espiritual do menor.

A importância do melhor interesse do menor é de tal monta na fixação da guarda que, até mesmo em hipótese de guarda compartilhada, esta pode ser atribuída a terceiros. Neste sentido, Gonçalves (2011) afirma que os tribunais têm determinado, em vários casos, a fixação da guarda compartilhada entre um dos pais e terceira pessoa, parente ou não do outro genitor, ligada fortemente ao menor por laços afetivos, com base no parágrafo quinto do artigo 1.584 do Código Civil, que estabelece a atribuição da guarda a terceiro quando as circunstâncias não indicarem que o menor deva ficar com um ou ambos os pais³⁷.

2.4 Diferenças entre Guarda Compartilhada, Guarda Alternada e Nidação

Para fins de melhor compreensão do instituto jurídico da guarda compartilhada, é importante, aparando as arestas, diferenciar esta modalidade da guarda alternada e da nidação ou aninhamento, também espécies de guarda, abordando os conceitos e características de cada uma.

A *guarda alternada* é modalidade de guarda em que os pais intercalam a posse dos filhos em determinados períodos de tempo, que podem ser de uma

³⁷Carlos Roberto Gonçalves ainda destaca a influência da guarda compartilhada sobre a responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores. Esta, nos casos de guarda unilateral, é atribuída ao genitor guardião, excluindo-se o outro. Como na guarda compartilhada ambos detêm o poder familiar, ambos são solidariamente responsáveis pelos atos da prole.

semana, uma quinzena, um mês ou meses e até de um ano. O menor fica sob a autoridade um dos genitores em cada lapso temporal. Assim, após a ruptura da sociedade conjugal, cada genitor reside em determinado local, sendo que a prole, de tempos em tempos, troca de lar e de titulares da guarda.

Cada genitor, no período de tempo em que estiver na posse dos filhos, exercerá os direitos e deveres inerentes à guarda, devendo responder pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos se ocorridos sob a sua autoridade. Reparte-se, assim, a responsabilidade civil dos pais pelas ações de sua prole. Ainda, no lapso em que a guarda estiver em poder de um dos pais, ao outro cabe o direito de visita. Neste sentido, complementa Grisard Filho (2000, p. 106):

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado, ao outro se transfere o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterm-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Sobre as vantagens e desvantagens³⁸ desta modalidade, explica Grisard Filho (2000, p. 107):

A vantagem oferecida por este modelo é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica [...].

Rizzardo (1994, p. 421) também tece críticas em relação à guarda alternada:

[...] o revezamento de permanência em períodos ora na casa da mãe, ora na casa do pai, sofre crítica dos autores, eis que necessidade básica de qualquer cidadão é ter um lar ou moradia fixa. Do contrário, a instabilidade e a insegurança tendem a aumentar, além de possíveis conflitos na

³⁸“O direito de *residência única e imediatamente definitiva* – essencial ao desenvolvimento psíquico do menor, tem sua contrapartida no regular direito-dever de visita. A residência, desde logo definida, impede que a criança, em geral instável e desprotegida, sinta-se desconectada de qualquer eixo referencial para desenvolver atividades escolares, de aperfeiçoamento e de lazer: ela deve apresentar-se aos professores e amigos, além dos parentes, obviamente, com endereço certo; saber quem são seus vizinhos; estabelecer padrões de convivência, de honestidade e honradez, a partir das atitudes que, ao longo do tempo, formarão seu juízo crítico, fortalecendo a própria personalidade. Por outro lado, deve saber qual templo ou culto religioso deve frequentar – aqui também estabelecendo raízes que lhe permitirão aproximar-se do confessor ou do sacerdote, vivenciando a experiência com seu Deus. A escola que frequenta, muitas vezes ao longo de uma dezena de anos, permitirá a compreensão do sentido de obediência, bem como a construção de laços de amizade com vizinhos e colegas, que a acompanharão por toda a vida [...]” (LAGASTRA NETO, Caetano. *Direito de Família: a família brasileira no final do século XX*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 123-124).

orientação e formação, dados os critérios e conceitos educacionais diferentes dos pais.

Visto, portanto, o conceito e as características da guarda alternada, a primeira diferença a ser apontada entre ela e a guarda compartilhada é que esta tem previsão legal (artigo 1.583 do Código Civil), enquanto aquela não a possui. Isto não significa que não possa ser estipulada pelos magistrados ou acordada pelos pais, tendo em vista não haver óbice legal, se se demonstrar mais adequada, no caso concreto, ao melhor interesse do menor; porém, é modalidade desaconselhada pela doutrina e raramente aplicada pela jurisprudência em razão dos enormes transtornos trazidos aos filhos, conforme aludido anteriormente.

A próxima diferenciação se dá em relação à residência do menor. Na alternada, cada genitor possui uma residência, intercalando a criança entre elas conforme o lapso temporal. Na compartilhada, porém, o menor possui moradia fixa com um dos pais, não havendo troca de lares. A consequência deste aspecto reside na questão da continuidade, onde se encontra mais uma diferença.

Assim, na guarda compartilhada, a criança mantém seus vínculos afetivos e seu ambiente social e espacial, continuando na mesma escola, por exemplo, com os mesmos amigos, vizinhos e companhias, o que contribui para a formação de sua personalidade, identidade, fisionomia moral e emocional, estabelecendo seus padrões afetivos, de convivência e de conduta. Já na guarda alternada, a continuidade é quebrada, estando a criança constantemente trocando de endereço, de amizades e até de escola, fazendo com que perca a noção de identidade, de suas raízes e de seus vínculos emocionais; os seus laços afetivos são constantemente rompidos, com graves efeitos para o seu desenvolvimento psíquico.

Outras divergências podem ser destacadas no tocante aos aspectos práticos da guarda. Isto porque a guarda alternada não deixa de ser uma espécie de guarda unilateral, pois, nos períodos de cada genitor, o que detém a guarda possui exclusivamente todos os direitos e deveres a ela inerentes, cabendo ao outro apenas o direito de visita. A guarda compartilhada, por sua vez, é exercida em conjunto, cabendo a ambos os pais o rol de prerrogativas e obrigações da guarda, devendo exercê-lo em comum acordo. Ao genitor que não reside com o menor não é conferido apenas o direito de visita, mas o direito à convivência, ou seja, há uma divisão equitativa do tempo de convívio entre os genitores, permitindo àquele uma

maior participação na vida do filho, indubitavelmente mais abrangente que a mera visitação.

Para Grisard Filho (2000, p. 49), na guarda alternada não há cooperação entre os pais, pois cada um deles, no lapso temporal que lhe cabe, toma, sozinho, as decisões sobre a vida da criança ou do adolescente. Diferentemente é a guarda compartilhada, em que a ambos caberá definir, em concomitância e comum acordo, o modo de criação e condução dos filhos.

Por conseguinte, na guarda alternada, a responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos é exclusiva do genitor que detém a guarda. Se este possui todos os direitos e deveres inerentes ao ministério, deve suportar a obrigação de reparar, sozinho, eventuais danos. Na guarda compartilhada, no entanto, esta responsabilidade é repartida entre os genitores, tendo em vista que ambos exercem as prerrogativas e obrigações inerentes ao *munus* conferido pela atribuição conjunta da guarda, sendo solidariamente responsabilizados por eventuais ilícitos dos filhos.

Outra modalidade de guarda, bastante curiosa, além de raríssima e desconsiderada pelo ordenamento jurídico brasileiro, semelhante à guarda compartilhada e à alternada, é a *nidação*³⁹ ou *aninhamento*. Nesta espécie, embora pareça irreal, a criança reside em uma casa, gozando, de tempos em tempos, da presença de um dos genitores, alternadamente. Aqui, diferentemente da guarda alternada, em que a criança se mantém em trânsito, são os pais que constantemente alternam de endereço – os genitores mantêm suas residências particulares e, em determinados lapsos temporais, deslocam-se para a moradia fixa do menor.

As diferenças entre guarda compartilhada e nidação são praticamente as mesmas em relação às divergências entre aquela e a guarda alternada. Assim, na nidação, o exercício dos direitos e deveres inerentes à guarda é exclusivamente atribuído a um dos pais, enquanto este estiver com a posse do filho, sendo o único responsável, durante este lapso temporal, pelos atos ilícitos dos filhos e pelas

³⁹ Interessante conhecer que a palavra *nidação* tem origem na palavra *ninho*. Em termos médico-fisiológicos, *nidação* é o momento no qual o embrião, na fase de blástula, logo após a fecundação, percorre a tuba uterina e fixa-se no endométrio. O embrião começa a penetrar no endométrio liberando enzimas que vão digerir as células deste, nutrindo-se, sendo, ao mesmo tempo envolvido por outras células em proliferação do endométrio. Tal processo é necessário para garantir a vida e subsistência do embrião, acoplando-se à “mãe” para dela receber o necessário para a sua manutenção e seu desenvolvimento.

decisões essenciais de sua vida, não havendo cooperação entre os genitores. Conforme visto, na guarda compartilhada, o exercício dos atributos da guarda acontece em conjunto, sendo solidária a responsabilidade e havendo cooperação na direção da vida da prole. Ainda, não há previsão legal para a nidação.

Particularmente, na nidação, embora haja continuidade espacial – ou seja, a criança reside em local fixo, mantendo suas amizades, vizinhos e escola, entre outros –, a continuidade afetiva fica comprometida, estando o menor, em cada período de tempo, rompendo seus laços de afinidade e de identidade, tendo de conviver sempre com inúmeras despedidas, separações e retornos, o que compromete a sua saúde psíquica e emocional e o seu desenvolvimento moral, intelectual e psicológico.

3 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Em linhas anteriores, foi vista a forma pela qual evoluiu o conceito de família, a ponto de agregar, em sua noção contemporânea, a noção de afetividade como elemento imprescindível, ambos unindo-se em perfeita simbiose, soterrando a velha estrutura matrimonializada, patrimonializada e sacralizada da entidade familiar para entender como família o conjunto de pessoas unidas pelo afeto e desejo mútuo de colaboração e desenvolvimento digno, independentemente de casamento civil ou religioso, de sexo dos consortes e da origem dos filhos.

Esta análise foi de fundamental importância para entender a definição de alienação parental enquanto síndrome e instituto jurídico, tendo em vista que este estigma se baseia na quebra da afetividade entre filho e um de seus genitores a partir da influência psicológica maléfica exercida pelo outro. Considerando que a Lei 12.318 de 2010 aponta como possível solução judicial para os casos de alienação parental a guarda compartilhada, esta foi também analisada, após, obviamente, a abordagem sobre guarda como um todo e suas espécies, poder familiar e melhor interesse da criança, para permitir uma melhor compreensão deste instituto.

Destarte, partindo de todas as premissas anteriores, chega-se, neste momento, ao cerne do presente estudo: o problema da eficácia da aplicação da guarda compartilhada como solução para os casos de alienação parental. Busca-se, neste capítulo, avaliar se a implantação desta modalidade de guarda resolve, efetivamente, o problema da síndrome, analisando-se a correção das justificativas doutrinárias e judiciais para a aplicação da espécie ao caso concreto e apontando-se a mediação e a justiça restaurativa como alternativas de solução, enquanto processos dos quais a aplicação da guarda compartilhada atua como resultado finalístico.

Antes de tudo, no entanto, em complementação ao estudo sobre a guarda compartilhada feito no capítulo anterior, onde foram abordados seu conceito, suas características e as diferenças desta para outras modalidades, é necessário compreender, para desenvolvimento satisfatório do tema, os casos para os quais esta espécie não é recomendada, o que servirá de embasamento para a análise jurisprudencial a ser feita adiante.

3.1 As Contraindicações da Guarda Compartilhada

Conforme anteriormente visto, a guarda compartilhada é a modalidade em que ambos os pais exercem o poder familiar sobre os filhos simultaneamente, com os mesmo direitos e deveres, respondendo solidariamente pelos atos ilícitos da prole. Requer, portanto, uma cooperação mútua entre os genitores, ainda que separados, pois terão de decidir conjuntamente a forma de condução e as escolhas mais importantes da vida dos filhos. Esta modalidade presume, ainda, que os genitores estejam de boa vontade e em comum acordo, dispostos a colaborar para o bom andamento do ministério assumido.

Todavia, segundo já relatado, a doutrina costuma apontar que, em casos de pais em constante conflito, sem diálogo e sem cooperatividade, cujas condutas revelam o desejo intermitente de disputas e boicotes, a aplicação da guarda compartilhada pode ser extremamente lesiva à prole, não sendo, portanto, recomendada, justamente por ferir a finalidade do instituto.⁴⁰

Segundo Madaleno (2009a), a guarda compartilhada requer dos genitores um juízo de ponderação, devendo priorizar unicamente o interesse dos filhos. Para o autor, é pré-requisito da custódia compartida a existência de harmonia entre os guardiões, ressaltando que, quando houver conflito entre eles, a modalidade somente pode ser aplicada após conciliá-los. Complementa o autor que somente por consenso, boa vontade e sensibilidade dos pais a guarda compartilhada terá os resultados esperados, caso contrário o prejuízo para a prole é maior.

Salles (2001, p. 97) preceitua que, para a geração de efeitos satisfatórios pela guarda compartilhada é preciso que:

⁴⁰Em sua obra, Ana Maria Milano Silva traz entrevistas com vários juízes atuantes na seara familiar, questionando-os acerca das vantagens e desvantagens da aplicação da guarda compartilhada, sendo interessante observar a forma como os julgadores, que lidam com os problemas na prática, se manifestam sobre o assunto. Em sua maioria, acreditam os magistrados que a implantação da guarda compartilhada se transforma em um problema quando os pais são imaturos, poucos dispostos ao diálogo, advindos de uma separação altamente conflituosa, vislumbrando em quaisquer acontecimentos motivos para discórdia e recurso ao Judiciário. Identificam que a guarda compartilhada deve ser reservada a situações de baixa litigiosidade, apontando como principal fonte do conflito as divergências na forma de condução do relacionamento com os filhos. Ressaltam os juízes que a guarda compartilhada pode contribuir para o renascimento de traumas conjugais, que termina por atingir a prole. Concluem que a implantação do instituto requer parceiros maduros, equilibrados e disponíveis, quando extremamente difícil de ser encontrado a um primeiro momento, logo após a ruptura dos laços conjugais. Além disso, a eficácia da medida reclama um constante diálogo entre os organizadores, o que não ocorre se persistir a animosidade entre os guardiões (SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Editora Direito, 2006, p. 209-248).

ambos os pais manifestem interesse em sua atribuição, porque [...] a lei adverte que o magistrado só irá aplicá-la quando encontrar condições favoráveis para sua implementação e não há como compelir um genitor a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não a deseja, sob o risco de não atingir o seu resultado inicial.

Segundo Leite (2003), a guarda compartilhada é a solução ideal quando os genitores, embora separados, permanecem colaboradores e de acordo com o melhor para a criança. No entanto, quando um dos pais tem lacunas de ordem moral ou psicológica, a modalidade não é recomendada. Nestes casos, o autor é taxativo (2003, p. 286): “É melhor que a criança viva com um só dos genitores, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maior da criança”.

Neste sentido, complementa Leite (2003, p. 285):

O objetivo da guarda conjunta não pode ser negligenciado: a manutenção dos laços entre pais e filhos. Cooperação que, certamente, não depende de uma ordem judicial, mas da boa vontade dos pais. Ainda assim, mesmo que a ordem não garanta a desejada cooperação, esta ordem auxilia, conduz, indica um caminho favorável à obtenção deste resultado.

Enquanto objetivo da guarda compartilhada, esta manutenção dos laços entre pais e filhos deve abranger também a relação entre os genitores, considerando que dela incidem importantes reflexos na vida dos filhos. Assim, com esteio nas lições acima transcritas, não é a simples decisão do magistrado, aplicando a guarda compartilhada, que fará com que os pais resolvam as suas diferenças.

Ainda, segundo Gama (2008), embora a implantação da guarda compartilhada tenha a tendência de propiciar a convivência familiar e o melhor interesse da criança, cada caso possui suas particularidades, devendo a sua aplicação ser sempre conduzida através de um esforço árduo do julgador para definir, na situação em concreto, aquilo que trará mais benefícios à prole. Atesta-se, portanto, que a guarda compartilhada não pode ser cegamente atribuída para todos os casos.

Corroborando Gama (2008, p. 262):

[...] será necessária cautela quando se vislumbrar a possibilidade de causação de problemas ao menor, diante das dificuldades de relacionamento entre os pais da criança, como animosidade, falta de harmonia, para o fim de considerar a inconveniência da medida em casos como tais. A guarda compartilhada não será recomendada quando há flagrante animosidade entre os pais, não havendo harmonia e respeito.

Infere-se dos ensinamentos do autor citado que taxar a guarda compartilhada como solução para todos os casos apresentados em juízo não respeita as particularidades dos modelos de família. Este raciocínio dialoga com a abordagem feita pelo presente trabalho sobre a evolução do conceito de entidade familiar, na qual passa a ser considerado como tal o ambiente onde os membros são ligados pelo afeto, legitimando diferentes tipos de uniões e tornando a análise das relações familiares mais complexas, não existindo solução única a gama de conflitos existentes.

Também Grisard Filho (2000, p. 174) não recomenda a guarda compartilhada quando há conflito entre os genitores⁴¹, afirmando que

pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. No contexto da guarda compartilhada, legal (responsabilidade conjunta pelas decisões relativas aos filhos) e física (acordos de visita), os diferentes planos de acesso só terão sucesso, como se disse, se os pais proporcionarem aos filhos continuidade de relação sem exposição a lutas pelo poder.

Percebe-se que a possibilidade de diálogo, da cooperação, da honestidade, do respeito e da confiança entre os genitores é imprescindível para a produção dos resultados esperados da guarda compartilhada. Do contrário, a lesividade ao menor é patente. Por sua vez, Silva (2006, p. 110-111), após ressaltar o ideal vislumbrado pela guarda compartilhada, aponta situações para as quais não é recomendada. Em suas palavras⁴²:

⁴¹Ana Maria Milano Silva afirma que o maior argumento contrário à guarda compartilhada é a falta de entendimento dos genitores. “E, dizem seus opositores, não há o que fazer a fim de que casais traumatizados por longos e dolorosos processos judiciais, de repente, possam conversar amigavelmente sobre os problemas dos filhos. Muitos advogados e magistrados ainda vêem a tese do compartilhamento com desconfiança, pois entendem que esse tipo de guarda dividirá o mundo das crianças, principalmente quando os pais não morrem de amores, mas de ódio um pelo outro” (Guarda compartilhada, 2006, p. 168).

⁴²Silva (2006, p. 165-168) aponta, com base na doutrina sobre o assunto, além do problema referente à falta de entendimento entre os guardiões para a eficácia satisfatória da guarda compartilhada, outras desvantagens decorrentes da aplicação do instituto. A primeira delas seria a defesa de que a guarda compartilhada traria problemas psicológicos à criança por prejudicar-lhe o entendimento do que seja um lar definido. Porém, a autora aduz que esta crítica corresponde à guarda alternada, e não à compartilhada, costumando ser feita em razão do desconhecimento sobre o tema. Outra desvantagem ventilada por alguns seria o receio de que a criança perca um maior contato com a figura materna, considerada imprescindível para o desenvolvimento dos filhos. Um dos problemas mais comumente apontados em razão da aplicação desta modalidade reside nas questões materiais, ou seja, quando um dos genitores não possui as condições operacionais adequadas ao

Os sentimentos de responsabilidade e de solidariedade devem ser incentivados, organizando-se um modelo de forma livre, mas a favor da criança, do jovem e da família, potencializando-se a força nela imanente, o que redundará em menores riscos de marginalização e estigmatização. Uma vida social integrada torna indispensável o compartilhamento dos pais nos deveres inerente à guarda, em co-responsabilidade convergente, de molde a contribuir decisivamente para o pleno desenvolvimento dos filhos. Essa responsabilidade é proveniente do que é esperado pelos filhos: aquilo que desejam vivenciar na pessoa dos pais, imagens sobre as quais irão espelhar-se vida afora. A disputa entre casais, a chantagem, o jogo de sedução para conquistar o amor da criança não encontram guarida nesse modelo de guarda, porque a convergência de sentimentos, a reciprocidade e a troca de entendimentos entre os pais, detentores da guarda compartilhada, afastam as posturas conflituosas, uma vez conscientizados de que o bem-estar dos filhos é o mais importante de tudo. [...] É por isso que se deve incentivar o consenso, no que pertine à guarda dos filhos, ainda que o casal, em processo de separação, não encontre esse consenso nos demais aspectos da relação conflituosa. Bem sabemos ser isso difícil, quase impossível. Mas os exemplos começam a despontar. Talvez o que falta é o restabelecimento do diálogo entre o casal, que poderá ser conduzido por um terceiro elemento, juiz, advogado, psicólogo ou mediador.

Assim, a guarda compartilhada não é recomendada em cenários de disputa, chantagem, desconfiança e desrespeito, em nome do melhor interesse da criança e do adolescente. Não é concebível que os filhos sejam expostos às batalhas entre os seus genitores, fatores que lhes trarão sérias consequências ao seu desenvolvimento enquanto ser humano.

Conforme visto, na guarda compartilhada deve haver um consenso entre os genitores, ambos com sentimento de cooperação e colaboração, buscando sempre o melhor interesse da prole quando da tomada das decisões importantes de sua vida. Os pais devem estar imbuídos de boa vontade e em comum acordo para decidir a residência dos filhos, o regime de visitas, sua educação, seus deveres e tarefas, atividades diárias, entre tantos outros aspectos da vida de uma criança, tudo visando ao seu desenvolvimento digno e sadio enquanto pessoa humana. Deve haver diálogo entre os genitores e disponibilidade para entender as nuances da criação, com tolerância e respeito mútuo e em relação aos filhos, contribuindo para um ambiente com nenhuma ou a menor litigiosidade possível.

Sendo assim, se os guardiões são imaturos, intolerantes, divergem por quaisquer motivos, deixando refletir os seus traumas conjugais na condução da prole, não havendo cooperação, colaboração e assistência mútuas, ferida resta a natureza e a finalidade da guarda compartilhada. Duas pessoas incapazes de ceder

ministério, como, por exemplo, acomodação inapropriada para receber os filhos ou ausência de um dos genitores por longos períodos, sendo, portanto, desaconselhável.

e de entender-se reciprocamente são igualmente incapazes de conduzir satisfatoriamente a vida dos filhos e de tomar as decisões necessárias para o desenvolvimento do menor.

Desta maneira, os aspectos mais mezinhos do cotidiano de uma criança, como a definição de uma atividade de lazer, por exemplo, podem tornar-se um embate interminável, em que um dos pais utiliza os filhos para agredir ou vingar-se do outro. O que menos interessa, neste cenário, é a saúde psíquica, psicológica, moral e emocional da prole, desnaturando-se o instituto da guarda compartilhada e suas finalidades, e retirando-se qualquer possibilidade de produção dos efeitos e resultados desejados quando da sua implementação.

Em verdade, a adequação ou não da guarda compartilhada deve ser analisada no caso concreto submetido a juízo, com a ajuda de profissionais especializados, sobretudo quando há suspeita de alienação parental. De acordo com o grau da síndrome, se leve, a guarda compartilhada pode ser a solução, tendo em vista que a mera possibilidade de convivência entre a criança e o alienado pode ser capaz para impedir o progresso do problema.

Contudo, em casos graves, como aqueles em que a própria criança colabora com a atividade denegatória iniciada pelo alienante, apresentando sentimento de repulsa e desprezo pelo genitor alienado, a mera imposição da guarda compartilhada como panaceia para todos os problemas pode agravar a situação, uma vez que aproxima os guardiões litigantes, aumentando consideravelmente o conflito e os danos psicológicos e emocionais ao menor.

Desse modo, em casos em que a síndrome da alienação parental já se encontra instaurada, deve ser buscada como solução a avaliação de todos os familiares envolvidos através da formação de uma equipe multidisciplinar, envolvendo psicólogos, pedagogos, assistentes sociais, entre outros profissionais especializados, a fim de que seja identificada a melhor forma para reestruturar o ambiente familiar da criança, seja pela aplicação da guarda compartilhada, seja pela unilateral.

Se a guarda compartilhada requer harmonia entre ambos os genitores, jamais poderá ter eficácia quando um deles pratica atos de alienação parental, pois o alienador já demonstra a impossibilidade de formação de consenso e cooperação,

ainda que isto seja da vontade do alienado. Apesar disso, parte da doutrina e do Judiciário, especialmente em sede de primeiro grau de jurisdição, uma vez identificada a presença da síndrome, tende a adotar esta modalidade como remédio para todos os males dela decorrentes, não se preocupando em solucionar o conflito entre os genitores. Assim sendo, questiona-se a implementação indiscriminada da espécie, revelando-se oportuna a análise das justificativas doutrinárias e jurisprudenciais para, em seguida, propor-se outros métodos de solução.

3.2 A Incongruência da Aplicação da Guarda Compartilhada como Solução Única aos Casos de Alienação Parental

Inobstante toda a argumentação acima expendida, parte dos estudiosos da área e da jurisprudência defende que a implantação da guarda compartilhada prescinde da existência de uma relação harmoniosa entre os genitores, o que permite a aplicação da modalidade também aos casos de alienação parental, como solução, ainda que marcados por intensos conflitos.

Neste sentido, Amaral (2013) aduz que a ausência de acordo não pode ser fator de impossibilidade, considerando que a previsão legal indica a modalidade justamente para estas situações conflituosas. Para o autor, é melhor que o menor conviva com ambos os pais, ainda que exista litígios, do que em um cenário onde um deles desaparece de sua vida. É importante trazer à baila as suas palavras (2013, p. 1):

A Lei determina a aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre pai e mãe, “sempre que possível”. Obviamente, na intenção do legislador, a ausência de acordo não poderia ser fator de impossibilidade, já que o próprio texto da Lei explicitamente diz que ela deve ser aplicada nesses casos. [...] E qual é essa “impossibilidade” recorrente que teria tornado a nova Lei quase inaplicável na prática? A maioria dos magistrados tem interpretado que o litígio, isto é, a “ausência de acordo” entre pai e mãe. [...] Assim, sob a justificativa de protegê-las do dissenso, esses magistrados condenam essas crianças a perderem o convívio cotidiano com um de seus genitores, a não receberem mais a influência, o amor, a educação e os cuidados de um de seus pais no dia-a-dia. [...] Mesmo após a separação, quando as divergências entre os pais podem estar exacerbadas, se ambos os pais são amorosos para com os filhos, o duplo referencial ainda é benigno para a formação psicológica das crianças e compensa a convivência eventual com as divergências. Esse duplo referencial só é possível com a divisão equilibrada de tempo de convívio com mãe e com pai, independentemente do nome que se dê a esse sistema de guarda. [...] Ou seja, para a formação psicológica da criança é melhor que ela conviva cotidianamente com ambos os pais, ainda que em “condições não ideais”, do que uma “paz artificial”, onde um de seus pais simplesmente “some”,

reaparecendo como um visitante derrotado, separado por lacunas de tempo muito maiores na percepção infantil do que na dos adultos, esvaziado de poder e de papel parental, distanciado da criação e da educação dela que é onde ela e seu genitor poderiam vivenciar e seguir ampliando o amor que nutriram um pelo outro desde o nascimento ou mesmo antes disso. [...] Ainda por cima, ao sinalizar para o casal em litígio que a guarda compartilhada só é “possível” se houver acordo e que, portanto, a mera presença do litígio resultará na “vitória” daquele genitor que detiver “melhores condições”, que estímulo essa ou esse litigante pré-aquinhado terá para querer um acordo? Ao invés de conduzir um processo que estimule o acordo e o entendimento entre o ex-casal acerca dos filhos, ao se guiar pelo velho paradigma mesmo nos tempos da nova lei, esses magistrados estimulam que o genitor que acredita que vencerá a disputa adote uma “estratégia do litígio”.

Extraí-se dessas premissas que o Código Civil, na visão do autor, obriga a imposição da guarda compartilhada para todos os casos em que não haja acordo entre os pais, não podendo a prole perder o convívio com os seus genitores, uma vez que o duplo referencial é importante para o seu desenvolvimento. Do contrário, permitir-se-ia a um dos genitores a utilização da “estratégia do litígio”, pois, se a guarda compartilhada não for aplicável onde não houver acordo, um deles, objetivando a guarda única e estando em melhores condições de recebê-la, pode estimular o conflito.

Nesta linha de intelecção, Núñez (2013, p. 1) afirma que a ausência de conflitos entre o casal não determina o sucesso ou fracasso da guarda compartilhada, apontando esta como solução mais eficaz aos casos de alienação parental. Em suas palavras:

A falta de consenso entre os adultos litigantes não é fator determinante para a guarda compartilhada ser fadada ao sucesso ou ao insucesso, pois estes fatores influenciariam, da mesma forma, na aplicação da guarda monoparental. Em verdade, o problema está nos adultos conflitantes, que devem se despojar de seus egos para conseguirem enxergar um outro ser, além do umbigo: o próprio filho. [...] A guarda compartilhada, quando aplicada em caso de litígio familiar entre casal, que disputa a guarda de criança ou adolescente, pode ser uma solução viável para se evitar a Alienação Parental. Na prática forense, os intérpretes do direito vêm entendendo que a guarda compartilhada deve ser aplicada em situação de consenso, sob o fundamento de que, desta forma, o genitor e a genitora poderão dialogar sobre os interesses do filho. Todavia, esta idéia não condiz, sequer, com a letra fria da lei, bem como com a alma do dispositivo. Em verdade, em situação conflituosa, a aplicação da guarda compartilhada, permite que os adultos envolvidos na demanda, assumam e exerçam os papéis (funções) de pai e mãe, independentemente, das contendas existentes entre o homem e a mulher (ou o homem e o homem ou a mulher e a mulher, em caso de união homoafetiva), de modo a atender o melhor interesse dos filhos: não se separar (acepção aqui usada em sentido lato) dos pais. [...] Filho precisa de pai e mãe (duplo referencial) para estruturar a sua personalidade dignamente (individualidade) e a guarda compartilhada é o mecanismo mais eficaz para inibir a Alienação Parental no seio de um núcleo familiar, quando da ocorrência da ruptura conjugal, com má

elaboração da nova situação por parte de um dos cônjuges / conviventes. Desta forma, a possibilidade de convívio com o filho para os pais separados (acepção aqui usada em sentido lato), deixará de ser arma de vingança, pois ambos terão igualdade de contato e vivência, com a aplicação da guarda compartilhada, fato que impedirá que o acesso ao filho seja moeda de troca ou de desforra.

Segundo a autora, a aplicação da guarda compartilhada aos casos de desarmonia entre os genitores propicia que estes entendam as suas funções enquanto genitores, razão pela qual passariam a atender melhor os interesses da prole, deixando as suas mágoas, frustrações e desejos de vingança. Também Chaves (2010, p. 1) comunga deste entendimento, asseverando que

muitos sustentam a necessidade de harmonia entre o casal para a implantação da guarda compartilhada. Ocorre que os pais devem em qualquer tipo de guarda buscar o melhor entendimento possível, pois sempre haverá necessidade de entrosamento. Afirmar que a guarda unilateral seria uma boa opção para aqueles ex-cônjuges que se comunicam através de pessoa interposta é deixar de enfrentar o problema já que a falta de diálogo, tal como o desentendimento, atinge psicologicamente o menor. Destarte, em vista do princípio que visa proteger o melhor interesse do menor, finalidade do instituto da guarda, deve-se privilegiar a relação sadia entre os pais, sendo no mínimo leviana a afirmação de que a guarda exclusiva entre casais inimigos é melhor opção do que a compartilhada. O egoísmo dos pais deve ser posto de lado a fim de que os interesses dos filhos sejam de fato considerados.

Seguindo este raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do Recurso Especial nº 1.251.000/MG⁴³, Relatora Ministra Nancy

⁴³CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9.

Andrighi, publicado em 31 de agosto de 2011, que a guarda compartilhada é cabível mesmo nas hipóteses em que inexistente consenso entre o casal. Do contrário, prevaleceria o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais, não condizente às finalidades do Poder Familiar. Segundo a Ministra Relatora

[...] o consenso, como pré-requisito para a implementação da guarda compartilhada, é um dos elementos que se encontram em zona gris, pois o desejável é que ambos os genitores se empenhem na consecução dessa nova forma de se ver as relações entre pais e filhos, pós-separação. Esse esforço é muito importante para o sucesso da guarda compartilhada, pois necessitam, os ex-cônjuges, tratarem desde as linhas mestras da educação e cuidado dos filhos comuns até pequenos problemas do cotidiano da prole. Contudo, a separação ou o divórcio usualmente coincidem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, fatores que, por óbvio, conspiram para apagar qualquer rastro de consensualidade entre o casal. Com base nessa aparente incongruência, muitos autores e mesmo algumas decisões judiciais alçam o consenso à condição de pressuposto sine qua non para a guarda compartilhada. No entanto, esse posicionamento merece avaliação ponderada. Não se pode perder de foco o melhor interesse do menor princípio que norteia as relações envolvendo os filhos, nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra. Sob esse prisma, é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra. A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses. Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor. Para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções porque novo o problema, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem deem a um dos genitores normalmente à mãe, in casu, ao pai poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor. [...] A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

Importa destacar, ainda, uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento da Apelação Cível nº 644.543.4/9⁴⁴,

O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1251000&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 04 de junho de 2014.

⁴⁴Alimentos. Majoração para atender aos cuidados básicos da criação dos filhos menores. Advertências quanto à progressiva instalação da Síndrome de Alienação Parental. Inclusive com a separação dos irmãos. Sentença reformada. Recurso provido. (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1251000&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>.

em 5 de agosto de 2009, da relatoria do Desembargador Caetano Lagastra, apontando a guarda compartilhada como solução para a alienação parental. Segundo trecho do relatório,

[...] da prova produzida nos autos é possível se extrair a progressiva instalação do comportamento alienador da chamada SAP (Síndrome da Alienação Parental), que tem raízes nos sentimentos de orgulho ferido, desejo de vingança, além do sentimento de onipotência do alienador. Sobre o tema, confira-se: a Síndrome de Alienação Parental é o conjunto de sintomas diagnosticados, e que pode ser estendido a qualquer pessoa alienada ao convívio da criança ou do adolescente. Estes também submetidos à tortura, mental ou física, que os impeçam de amar ou mesmo de demonstrar esse sentimento, portanto, ao cabo, estruturando a síndrome, como aliados do alienador contra o alienado. Assim, a sintomatologia que se admite ao diagnóstico da síndrome pode se referir à criança, ao adolescente ou a qualquer dos outros protagonistas, parentes ou não - genitor, avós, guardadores, tutores, todos igualmente alienados pela conduta do alienador. Não se crê que possa surgir quando aplicado o sistema da guarda compartilhada, salvo se produto de atitude falsa ou desequilibrada do genitor ou responsável pela guarda no decorrer de sua aplicação, uma vez que compartilhar não quer dizer apenas dividir direitos e deveres, mas, conscientemente, participar da vida da criança. Inexistindo consenso entre os genitores, é possível implantar-se o sistema por determinação da autoridade judicial; em qualquer caso, a interferência do magistrado deverá impedir a instalação ou o agravamento de uma alienação parental ou da respectiva síndrome. 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.

Em que pese o saber jurídico dos defensores da tese que permite a aplicação da guarda compartilhada ainda que haja desarmonia entre os genitores, inclusive em casos de alienação parental, esta ideia não merece acolhida, revelando-se demasiadamente incongruente. Isto porque, primeiramente, não cabe o argumento pelo qual o Código Civil, em seu artigo 1.584, parágrafo segundo, previu a implementação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais. Esta noção levaria ao entendimento pelo qual a guarda compartilhada deva ser imposta em todos os casos de conflitos familiares envolvendo pais e filhos, o que não se coaduna com a complexidade das relações parentais. Adotar-se-ia um molde fixo aplicável a todos as formas de família, o que não seria condizente com a plasticidade contemporânea destes modelos, conforme já analisado.

Além disso, a palavra “acordo”, consignada no dispositivo, se refere à falta de determinação espontânea dos pais quanto à modalidade de guarda a ser

aplicada – somente –, cabendo ao juiz, nestes casos, optar pela guarda compartilhada. Não faz referência, portanto, à “desarmonia” entre os consortes. A própria expressão “sempre que possível”, talhada no mandamento, ensina que há casos em que a aplicação da espécie não será oportuna, justamente aqueles nos quais reina o litígio e a ausência de consenso quanto à condução da prole após o rompimento do vínculo conjugal, características preponderantes na seara da alienação parental.

Interpretar de outro modo seria ferir a lógica mais comezinha. Se a guarda compartilhada exige o exercício conjunto de direito e deveres inerentes ao poder familiar para a condução sadia do desenvolvimento da prole, não pode este resultado ser atingido onde prevalece o conflito. Genitores que não se entendem são incapazes de decidir a contento o simples local onde o filho estudará, por exemplo. Se não há diálogo, mas ódio e desamor, como verificado na alienação parental, não é possível ensinar à prole o significado de respeito, carinho e afeto. Consortes que não colaboram entre si não podem repassar aos filhos as lições sobre cooperatividade.

Assim, se tudo isto resta impossibilitado pela ausência de harmonia, é significativamente improvável que a guarda compartilhada seja profícua, tanto mais em relação ao contexto da alienação parental, que, conforme visto, possui causas emocionais, psicológicas e até psiquiátricas, resultando em fortes desavenças, exposição do menor ao desrespeito, a cenas de disputas, brigas, injúrias, e práticas perniciosas, com consequências gravíssimas para a prole, perpetuáveis por toda a vida. Pretender que todos estes aspectos sejam solucionados com a simples aplicação da guarda compartilhada, aproximando genitores intocáveis, é raciocinar de forma demasiadamente ingênua.

Em socorro ao exposto, e reforçando os argumentos aduzidos no subtópico anterior, Madaleno (2009b, p. 1) ressalta a imprescindibilidade da harmonia entre os genitores para a consecução adequada da guarda compartilhada. Ensina o autor que deve haver

[...] as condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança, porque a custódia compartilhada só poderá ser adotada quando ambos os progenitores estão de acordo em levá-la a efeito, sendo imprescindível uma boa e saudável comunicação entre ambos, trocando informações sobre os filhos comuns e suas necessidades, de modo a unificar suas pautas de

comportamento dos filhos e, deste modo ofertar-lhes uma estabilidade emocional.

Percebe-se, assim, a necessidade, ressaltada pelo autor, de que ambos os pais conjuguem esforços, interesses, vontades e objetivos comuns, propiciando um desenvolvimento emocional sadio à prole. Do contrário, a espécie traria mais prejuízos aos filhos, uma vez que os expõe continuamente aos atritos entre seus genitores. Nesta esteira também segue Cruz (2008, p. 1):

Obviamente, compartilhar a educação dos filhos, seria o ideal. Pais presentes, participativos. Porém, essa premissa não é a realidade das Varas de Família. Nas relações judiciais, às vezes, o elo determinante da família, o amor, o afeto, o respeito, perdem espaço para conflitos, desentendimentos. E os filhos? Se encontram no meio da história da degradação pessoal dos pais. Poupar os filhos, como o casal é tarefa preciosa do juiz e advogado, auxiliados por estudiosos da psicologia da psicanálise. Enfim, o caminho é sinuoso, porém repleto de vitórias se assim for dirimido. [...] Surge, porém, um dilema. Com quem ficará o filho ou filhos? Convivendo com ambos? O melhor caminho. Mas a experiência mostra que isso só ocorre, se os pais saíram da separação/divórcio, sem mágoas, ressentimentos, amadurecidos. E no caso de conflitos, determinar que a guarda seja concedida apenas a um (obedecendo ao melhor interesse do menor), e ao outro, o direito de visitas. Que situação frustrante, tanto para as partes, como para o julgador. Porém como nas relações de "estado", as situações são momentâneas, vigorando a premissa "rebus sic stantibus", posteriormente aquela situação poderá ser mudada, em qualquer tempo, pois a vida segue seu curso. [...] É interessante os filhos serem educados, acompanhados por pais que se odeiam? Onde anda o melhor interesse do menor? O princípio da autonomia do casal, (não observado pela atual Legislação), estabelecido no artigo 226, parágrafo 7, da CF: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedado qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

É interessante notar que a autora não nega a guarda conjunta como modelo ideal e as suas vantagens, porém aduz que a modalidade não é o melhor caminho quando há mágoas e ressentimentos guardados e alimentados pelo tempo, não servindo ao melhor interesse do menor que os filhos sejam educados por quem se odeia. Comel (2008, p. 1), por sua vez, afirma que a guarda compartilhada é inconcebível em ambientes repletos de hostilidade e intolerância, características inerentes aos casos de alienação parental. Em suas palavras:

Ocorre que a guarda compartilhada não é solução para os casos de incompatibilidade e dissenso intransponível entre os pais. Ela pressupõe, necessariamente, como condição de viabilidade, a existência de pais que preservem algum nível de relacionamento e de entendimento, mesmo não vivendo sob o mesmo teto. Os pais devem, de alguma maneira, comungar valores e princípios e conseguir, independentemente da falência da relação pessoal, administrar juntos, com amor, responsabilidade e inteligência, a tarefa de criar e educar os filhos comuns. São aqueles pais que guardam

confiança mútua no que tange aos respectivos papéis de pai e de mãe, que sabem tanto admirar as virtudes do outro como administrar os defeitos e fraquezas, também prezar e valorizar a convivência do filho com ele (outro). Somente assim poderão compartilhar, efetivamente, os deveres e responsabilidades com relação à criação e educação do filho (funções precípuas da guarda). Não há como conceber a guarda compartilhada em ambiente de hostilidade e de intolerância, como sói acontecer nos casos de dissenso intransponível entre os pais no que tange às questões afetas ao filho. Mesmo porque, neste caso, a guarda compartilhada não seria solução fundada no melhor e superior interesse do filho, senão que seria determinada no melhor interesse e conveniência dos próprios pais. Proposta egoísta, sem a menor consideração às necessidades e bem-estar do filho. Verdadeira solução salomônica: dividir o filho entre si, um pouco para cada um, para que ninguém perca, ninguém ganhe. O vocábulo compartilhar, é certo, dá a idéia de dividir, partilhar, tomar parte, mas não deve ser compreendido como divisão em partes estanques e isoladas. Mesmo porque, o todo a ser partilhado é uma pessoa humana, que não é suscetível de tal cisão. Na implementação da guarda compartilhada, é de rigor que os pais mantenham a unidade, a visão do todo, num ambiente de efetiva comunhão de esforços e interesses, também de compreensão e amor (pelo filho). Permite-se, é certo, a participação diferenciada de cada um dos pais, mas sem perder de vista que tudo deve convergir para o melhor interesse do filho, como pessoa humana que é, única e singular, objetivando, em primeiro e último plano, assegurar sua devida proteção e bem estar. Não sendo assim, não se vê como possam os pais partilhar de algo tão caro e delicado como a tarefa de educar e criar filhos, preparando-os para a vida e a cidadania.

Revela-se, segundo a mencionada autora, que a guarda compartilhada não é indicada em situações de incompatibilidade e dissenso insuperável entre os genitores. A relação dos pais deve ser harmônica para convergir sempre aos interesses dos filhos, protegendo-os e assegurando o seu bem-estar. Não há como conceber o sucesso da modalidade em situações onde imperam o conflito, a desordem, o desrespeito e a hostilidade.

As premissas destes autores permitem a melhor compreensão do tema. A guarda compartilhada requer uma boa e saudável comunicação entre os pais, revelada pela troca sadia de informações sobre a prole e algum nível de entendimento. Os genitores devem, ainda, comungar valores, princípios, esforços e interesses, pois compartilhar significa dividir, partilhar, relacionar-se. Da mesma forma que a decisão exposta do Superior Tribunal de Justiça, utiliza-se aqui o princípio do melhor interesse da criança para posicionar-se contrariamente a este juízo. Conferir a guarda compartilhada em situações de intensos e graves litígios entre os genitores, em cenários de barbáries, de manipulações, de desrespeito e de intuitos abjetos de vingança, não obedece ao mencionado princípio, mas ao interesse e conveniência dos pais, de forma egoística e irresponsável, considerando todo o desgaste a ser sofrido pela prole.

Neste sentido, apesar do entendimento da Colenda Corte, a maioria dos Tribunais brasileiros sinaliza pela imprescindibilidade da harmonia entre os genitores para a fixação da guarda compartilhada, revelando maior zelo e sensibilidade em relação aos interesses do menor. A guisa de exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal costuma decidir pela necessidade de configuração da boa convivência entre os pais para a implementação da modalidade, conforme indica o julgamento da Apelação Cível nº 2009011092908-2/DF⁴⁵, em 20 de novembro de 2013, publicado em Diário de Justiça em 25 de novembro de 2013, da relatoria do Desembargador Angelo Conducci Passareli. Nesta ocasião ficou consignado que, em ambientes onde impera a incapacidade de comunicação e de entendimento, a

⁴⁵CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA E VISITAS DE MENORES. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DE SENTENÇA ULTRA PETITA. REJEIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO. ALIENAÇÃO PARENTAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. DESENTENDIMENTOS INTENSOS ENTRE OS GENITORES. REGIME DE VISITAS. DEFINIÇÃO ADEQUADA. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DAS MENORES. BUSCA E ENTREGA DAS CRIANÇAS. ATRIBUIÇÃO DO GENITOR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1 – Rejeita-se a preliminar de ausência de motivação do julgamento da improcedência do pedido reconvenicional, se o Magistrado, no corpo da fundamentação, teceu considerações suficientes para tanto, mormente quando os temas em debate na ação e reconvenção são inteiramente enlaçados, de maneira que os fundamentos invocados para indeferir o compartilhamento da guarda e para elastecer a visitação paterna também se prestam a embasar o indeferimento do pedido deduzido em reconvenção. 2 – Não há que se falar em violação ao art. 460 do CPC, quando o Julgador, em apreciação de pedido de guarda compartilhada e extensão do direito de visitas, dispõe sobre a visitação de maneira não correspondente ao exato regime proposto pelo Autor, haja vista que o requerimento de guarda, conceitualmente mais amplo, abarca a possibilidade de apreciação abrangente do direito de visitas. 3 – Não há lugar para a condenação nas penas da litigância de má-fé, quando não restou caracterizada a incursão em quaisquer das condutas previstas nos incisos do art. 17 do CPC. 4 – Não comprovada nos autos a promoção de alienação parental pela guardiã relativamente ao genitor, descabe aventar-se o compartilhamento da guarda com lastro no artigo 6º, inciso V, da Lei 12.318/10. 5 – O desacordo aventado no § 2º do art. 1.584 do Código Civil, em sua redação conferida pela Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, como indutor do deferimento da guarda compartilhada, diz respeito à desarmonia entre os genitores quanto a quem se encarregará da guarda judicial dos filhos comuns, nada se relacionando com a dificuldade de entendimento entre as partes. 6 – Imperando entre os genitores a incapacidade de comunicação e de entendimento, não se faz recomendável o compartilhamento da guarda, haja vista que tal divisão do encargo pressupõe uma relação de colaboração e de confiança, pois é da própria essência do instituto que a rotina dos filhos seja decidida em conjunto por ambos, exigindo, portanto, capacidade de diálogo e de entendimento. 7 – Rejeita-se a alegação de elastecimento excessivo e prejudicial do direito de visitas paterno, uma vez evidenciado que o regime definido em sentença consubstancia adequado equacionamento dos superiores interesses das menores, na medida em que possibilita amplo convívio de ambos os genitores com suas filhas, os quais, segundo estudo psicossocial do caso, possuem excelente relacionamento com as menores, assegurando-se, assim, a participação dos pais no processo de crescimento e desenvolvimento emocional e físico das filhas. 8 – O direito de visitas com a consequente obrigação de buscar e entregar as crianças à guardiã é do genitor, sendo inerente ao poder familiar, o qual se restringe aos pais, de forma que não se revela aceitável a delegação de tais atos a terceira pessoa. Apelação Cível do Autor desprovida. Apelação Cível da Ré parcialmente provida (Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 04 de junho de 2014).

guarda compartilhada não é recomendável, uma vez que pressupõe relação de cooperação e confiança para a tomada das decisões da vida da prole.

Da mesma forma decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 70059147280/RS⁴⁶ em 16 de abril de 2014, publicada em Diário de Justiça em 22 de abril de 2014. Assim descreveu o Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves:

[...] Com relação ao pedido de guarda compartilhada do filho ROGER, tenho que se mostra descabida, pois os autos mostram com clareza que o casal não logrou ainda resolver as suas questões pessoais, mantendo acesa a chama da beligerância, e isso certamente traz reflexo para o filho, que acaba sendo atingido, pois é alvo de disputa. Mas certamente não será dividindo o filho que o recorrente vai encontrar a sua harmonia e o mais importante, estabelecer com ele uma relação afetiva saudável e satisfatória. [...] Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, no entanto, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. No caso em tela, onde o litígio é uma constante, a guarda compartilhada mostra-se totalmente descabida.

Ancorado nestes ensinamentos, é imperioso atestar que a alienação parental envolve situações de graves e intensos conflitos entre os genitores, sendo necessário, para que a síndrome regrida e os atos de alienação cessem, que o litígio seja desfeito, tendo em vista que este é a causa do problema. Não se quer, aqui, argumentar no sentido da ineficácia total da guarda compartilhada para os casos de alienação parental, mas alertar que a modalidade, por si só, não tem o condão de solucionar a síndrome. Para que produza os resultados esperados, é imprescindível que o conflito seja solucionado. A partir disso, a guarda compartilhada poderá cumprir a sua missão de aproximar filho e genitor alienado e restaurar o afeto. E para que o litígio seja solvido e a harmonia restabelecida, devem ser buscados outros meios de solução, conforme será adiante abordado.

⁴⁶DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. FILHO MENOR. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 2. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida 3. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do alimentado, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso parcialmente provido (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q-70059147280tb>). Acesso em 4 de junho de 2014).

3.3 A Perspectiva do Conflito e o Recurso à Mediação Familiar

Conforme visto, a alienação parental ocorre quando um dos genitores interfere psicologicamente sobre o filho visando à quebra dos laços afetivos com o outro. É perceptível, facilmente, portanto, que envolve uma situação de extremo e intenso conflito entre os pais. Sendo assim, a aplicação da guarda compartilhada, como forma única de solução para a síndrome, é medida inócua, uma vez que requer, imprescindivelmente, o consenso e a harmonia entre os guardiões, inexistentes nos casos de alienação parental. Dessa forma, é preciso que o conflito seja solucionado para que a guarda compartilhada, aplicável após o saneamento, produza os efeitos esperados.

Assim, a fim de que o conflito entre os genitores seja resolvido, é preciso buscar métodos eficazes para tanto. E um destes métodos, segundo aponta boa parte dos estudiosos da matéria, é a mediação familiar. Como exemplo do que se acaba de afirmar, Rosa (2010) relata que o artigo 9º da Lei 12.318/2010, que previa a mediação como forma de solução para a alienação parental, foi vetado pelo Executivo⁴⁷. Segundo o autor, a mediação é um processo que vem sendo utilizado em vários países visando solucionar o litígio entre os genitores, perdendo o Brasil uma boa oportunidade para o saneamento pacífico e cooperativo do problema.

Antes de entender, contudo, como ocorre o processo de mediação e o modo como pode ser utilizado para solver a síndrome, é necessário realizar uma abordagem sobre o *conflito*, considerando-se que o antídoto só pode atacar satisfatoriamente o invasor quando bem o conhece.

Vasconcelos (2008) afirma que *conflito* é dissenso, decorrente de expectativas, valores e interesses contrariados, em que uma das partes trata a outra

⁴⁷O artigo 9º vetado da Lei 12.318/2010 previa a possibilidade de utilização da mediação, por iniciativa das partes ou por sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, como tentativa de solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial, sendo que o acordo que estabelecesse a mediação indicaria o prazo de suspensão do processo e o regime provisório para regular as questões controvertidas, entre outras disposições. A Mensagem nº 513 trouxe as razões do veto: “O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ademais, o dispositivo contraria a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável (Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)>. Acesso em 31 de maio de 2014).

como adversária ou inimiga, buscando cada uma concentrar o raciocínio em busca de fundamentos para reforçar sua posição unilateral em detrimento dos argumentos contrários, dificultando, por óbvio, a formação do interesse comum. Ressalva o autor, no entanto, que o conflito deve ser entendido como fenômeno inerente à condição humana, pois cada pessoa é dotada de experiências, convicções e interesses próprios, e esta compreensão é importante para permitir o desenvolvimento de soluções autocompositivas. Quando não é encarado com responsabilidade, torna-se confronto e violência, cenário em que as particularidades do outro não interessam.

Neste sentido, Vasconcelos (2008, p. 21) identifica quatro espécies de conflito, que podem ser:

- a) conflitos de valores (diferenças na moral, na ideologia, na religião); b) conflitos de informação (informação distorcida, conotação negativa); c) conflitos estruturais (diferenças nas circunstâncias políticas, econômicas, dos envolvidos); e d) conflitos de interesses (contradições na reivindicação de bens e direitos de interesse comum).

Como solução do problema, aduz o autor que o saneamento depende do reconhecimento das diferenças e da identificação de interesses comuns e contraditórios. Deve ser desenvolvida uma comunicação de caráter construtivo, baseada em negociações e concessões mútuas.

Segundo Sales (2007), o conflito, em regra, é visto como algo negativo para a pessoa humana, revelando uma situação de instabilidade, sofrimento e angústia, e dificilmente neste cenário pode ser percebido como um momento de possível transformação. Neste cenário, a autora visualiza a existência de dois tipos de conflito, os aparentes e os reais. Explica Sales (2007, p. 25-26):

[...] Os conflitos aparentes são aqueles falados, mas que não refletem o que verdadeiramente está causando angústia, insatisfação, inquietude ou outro sentimento que provoque mal-estar. Isso é muito comum de acontecer quando as pessoas recorrem a uma assessoria jurídica. Procura-se ação de separação judicial quando se quer, na verdade, discutir a relação conjugal; deixa-se de pagar pensão alimentícia, alegando-se desemprego, quando, na verdade, se está sendo movido pelo ciúme, pois a ex-companheira envolveu-se em um novo relacionamento; discute-se poluição sonora, mas o problema é uma inimizade entre vizinhas, resultado de uma disputa de futebol. Enfim, são inúmeras as situações em que apenas os conflitos aparentes são relatados. Caso não haja um aprofundamento da discussão (especialmente em casos de relação continuada ou com sentimentos afetivos envolvidos) e não se consiga chegar ao conflito real, a solução superficial, aparente, poderá piorar a situação e o conflito corre o risco de ser agravado. O conflito real, por sua vez, é o verdadeiro motivo ou causa

do conflito. Em muitas situações a dificuldade de se falar sobre o conflito real reside no fato de envolver sentimentos ou situações da vida íntima.

Tais palavras são de uma perspicácia ímpar e coadunam-se perfeitamente com aquilo que foi estudado sobre a alienação parental enquanto síndrome e instituto. Naquele momento, ficou asseverado que, com a dissolução do vínculo conjugal, muitas pessoas não conseguem digerir os motivos do rompimento ou superar os traumas da separação, nutrindo, seja pelo sentimento amoroso ainda guardado pelo consorte, seja por mágoa, um desejo de vingança e uma vontade de proporcionar dor no outro. Nos casos de alienação parental, os filhos são utilizados como instrumentos para este abjeto fim, considerando que o alienador visa minar o afeto entre eles e o genitor alienado a partir da geração de um desamor, proporcionado por interferências psicológicas maléficas.

Desse modo, é possível afirmar que os atos de alienação parental previstos pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010 (omissão de informações, mudança de endereço, desqualificação do outro, impedimento de visitas, entre outros) são, na verdade, conflitos aparentes. Os conflitos reais são o trauma do rompimento, a mágoa gerada entre o casal e a dificuldade de aceitação do término e de dar continuidade à vida. Aqueles são consequências destes e somente podem ser resolvidos, por óbvio, quando estes são solucionados. E assim são corroboradas as noções expendidas nos subtópicos anteriores: a guarda compartilhada, como forma única de solução para os casos de alienação parental, apenas combate as consequências (conflitos aparentes) do problema, e não as causas (conflitos reais), somente podendo ter eficácia quando o conflito for resolvido.

Em prosseguimento, após este breve adendo, Sales (2007) ensina que, no modelo tradicional de solução de conflitos, que tem o Poder Judiciário como principal órgão, existem partes antagônicas que veem o conflito como uma disputa em que um ganha e o outro perde. As partes, ao iniciarem a discussão, colocam-se como competidoras, preocupadas simplesmente em obter êxito e alimentar o sentimento próprio de vitória do que com o real problema em debate. Não percebem o impacto de suas atitudes no relacionamento, atribuindo-se culpas mutuamente para retirar a responsabilidade de si a todo custo.

Para que o conflito seja dirimido, apresenta-se, portanto, como processo e técnica, a *mediação*⁴⁸. Sales (2007, p. 23) a define como procedimento consensual pelo qual “uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência”. O mediador auxilia na construção do diálogo entre os envolvidos e estes serão responsáveis por encontrar a solução mais adequada aos seus interesses.

Nesta linha de intelecção, complementa a autora (2007, p. 23-25):

Por meio da mediação, buscam-se os pontos de convergência entre os envolvidos na contenda que possam amenizar a discórdia e facilitar a comunicação. Muitas vezes as pessoas estão de tal modo ressentidas que não conseguem visualizar nada de bom no histórico do relacionamento entre elas. A mediação estimula, através do diálogo, o resgate dos objetivos comuns que possam existir entre os indivíduos que estão vivendo o problema. Na mediação procura-se evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos. [...] A mediação, por suas peculiaridades, torna-se um meio de solução adequada a conflitos que envolvam relações continuadas, ou seja, relações que são mantidas apesar do problema vivenciado. Ressalta-se, também, que os conflitos que tratam de sentimentos e situações fruto de um relacionamento – mágoas, frustrações, traições, amor, ódio, raiva – revelam-se adequados à mediação. Isso porque, é nesses tipos de conflitos que se encontram as maiores dificuldades para o diálogo, em virtude da intensidade dos sentimentos. Na mediação, há um cuidado, por parte de um mediador, de facilitar esse diálogo entre as partes, de maneira a permitir a comunicação pacífica e a discussão efetiva dos conflitos.

Trazendo, mais uma vez, os ensinamentos transcritos para a seara da alienação parental, pode-se atestar que o problema gerado pela síndrome pode ser alvo do processo de mediação. Isto porque, neste campo, os sentimentos do alienador se encontram exacerbadamente aflorados, gerados pela insatisfação conjugal ou com o término do relacionamento, pela frustração das expectativas e pelo desejo de vingança, que são os conflitos reais, como visto. Assim, a mediação pode fazê-lo entender a complexidade e as consequências de seu comportamento e a sua potencialidade deletéria para o desenvolvimento do menor. A técnica pode, ainda, ser capaz de proporcionar-lhe a compreensão de que a saúde emocional da criança deve ser preservada acima de tudo, e que, para isto, a convivência sadia e o

⁴⁸Vasconcelos (2008) explica que a mediação deve ser uma aplicação do novo paradigma da ciência. Segundo o autor, até meados do século XX, a ciência buscava dissipar a aparente complexidade dos fenômenos, a fim de revelar a simplicidade de uma ordem por eles supostamente seguida (dimensão da complexidade). Com o avanço da ciência, passou-se a compreender o mundo como um processo de caos, desordenado, incontrolável e imprevisível (dimensão da instabilidade). Contemporaneamente, entende-se que a ciência não pode ser neutra, uma vez que o seu observador, mesmo inconscientemente, exerce uma intervenção perturbadora sobre aquilo que quer conhecer, superando-se a ideia de objetividade (dimensão da intersubjetividade). Assim, este novo paradigma ajuda a compreender a dinâmica das relações interpessoais e seus conflitos.

afeto com o genitor alienado são de significativa importância. A mediação, portanto, pode ser instrumento de combate para as causas geradoras (conflitos reais) dos atos de alienação parental, aplicando-se, em seguida, eventualmente, a guarda compartilhada para solucionar estes atos (conflitos aparentes ou de direito).

Sales (2007)⁴⁹ estabelece como princípios da mediação a liberdade e o poder de decisão das partes, a não-competitividade, a participação de terceiro imparcial, a competência do mediador, a informalidade e a confidencialidade do processo. Ao mesmo tempo, consigna como seus objetivos a solução e a prevenção da má-administração dos conflitos, a inclusão e a paz sociais.

Quanto ao procedimento, a mediação possui várias etapas: a) apresentação e recomendações, esclarecendo-se a importância da técnica; b) narrativas iniciais das partes, em que cada uma relatará a sua versão; c) elaboração de uma sinopse dos fatos pelo mediador; d) busca de identificação dos reais interesses; e) criação de opções com base em critérios objetivos; e f) elaboração do acordo. Vasconcelos (2008), porém, ressalta que pode haver, em determinadas situações, a pré-mediação, que contribui para a capacitação dos mediadores a fim de bem desempenhar suas funções. Aqui, o mediador⁵⁰, ao ser procurado por um das partes, busca informações, através de entrevistas, sobre o caso, a fim de saber se comporta mediação.

Inserindo a perspectiva do conflito no âmbito familiar, Sales (2007) afirma que as transformações pelas quais passou a família contemporânea ainda não foram totalmente assimiladas pela sociedade, gerando instabilidade, pois, com a ausência de papéis preestabelecidos, os membros passaram a questionar e negociar as suas diferenças. Diante dessa conjuntura, vislumbra a autora a necessidade de utilização da mediação como instrumento pacificador dos conflitos

⁴⁹A autora fundamenta a mediação na maiêutica socrática, considerando ser um mecanismo que requer a participação ativa das pessoas por meio da comunicação. Assim, o mediador deve devolver as perguntas que lhe são feitas para as pessoas envolvidas no conflito, estimulando-as ao questionamento pessoal e à percepção do problema e suas soluções.

⁵⁰A importância do papel do mediador reside no fato de ser este o terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o objetivo de transformar o impasse em acordo, diminuindo-se o conflito e a distância entre os envolvidos. Deve o mediador ser capaz de entender o problema, além de ser paciente, inteligente, perspicaz, objetivo e hábil na comunicação. Para esta finalidade, deve utilizar técnicas de condução da mediação como: conotação positiva, escuta ativa, perguntas sem julgamento, reciprocidade discursiva, mensagem como opinião pessoal, assertividade, priorização do elemento relacional, reconhecimento da diferença, não reação e não ameaça.

familiares, gerados pela dificuldade em administrar as divergências. Neste sentido, preleciona a autora (2007, p. 136-137):

A quebra nas relações vinculares de natureza familiar é marcada por inúmeras peculiaridades, como a carga emocional de cada indivíduo, o que dificulta uma resolução adequada, uma vez que influencia e confunde as partes, não permitindo que consigam argumentar ordenadamente. Por essa confusão de sentimentos, própria das questões familiares (em função desses sentimentos), torna-se necessárias uma terceira pessoa que tente ordenar a discussão, favorecendo o diálogo tranquilo. A falta da boa administração das controvérsias advinda das transformações enfrentadas pelas famílias destroem relações antes sadias e respeitadas. [...] O conflito faz parte da vida social e da vida familiar. Especialmente no meio familiar e na sua dinamicidade de relações, agregado de teias complexas de relações entre seus membros, onde são presentes interesses, sentimentos comuns e diversos e, dependendo do momento, desavenças, afetos e desafetos. A história de uma família é marcada por uma continuidade de momentos de crescimento, de estagnação, de encontro, de desencontro e de reconciliação.

Assevera a autora, ainda, que a falta de diálogo e a dificuldade de expressar os sentimentos que realmente causam a insatisfação resulta, em muitos casos, em violência familiar. Essa agressividade é utilizada como um mecanismo de defesa. Assim, diante das peculiaridades que envolvem os conflitos familiares, revela-se a necessidade da adoção de instrumentos de solução embasados no diálogo, na valorização do outro e na cooperação, características do processo de mediação.

Diante dessas premissas, é possível situar a alienação parental no âmbito dos conflitos familiares. A carga emocional que envolve o transtorno e a dificuldade dos genitores em solucionar adequadamente o processo de separação, em aceitar as causas do rompimento e de entender que o interesse da criança está acima das diferenças, contribuem para gerar e agravar o problema. O alienador não consegue administrar satisfatoriamente os traumas da dissolução do vínculo conjugal. A sua insatisfação o impede de dialogar, de expressar seus reais sentimentos e de prosseguir com o curso normal de sua vida. O ressentimento guardado é a motivação para o desejo de vingança e o filho é o meio pelo qual isto pode ser realizado. Assim, estes conflitos reais acabam gerando os conflitos aparentes (atos de alienação parental), em uma relação de causa e efeito⁵¹.

⁵¹Ganância (2001, Apud Sales, 2007, p. 142) afirma que “os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecidos de sofrimento”. Aqui se revela a importância, nos casos de alienação parental, de solucionar previamente o conflito para, após, adotar-se, eventualmente, a guarda compartilhada. Resolve-se,

Para resolver os casos de conflito familiar, em especial a alienação parental como espécie deste conflito, Sales (2007, p. 141) propõe a mediação familiar, ressaltando que “quando existe a possibilidade de comunicação para os problemas dessa natureza, a vontade das partes consiste em uma verdadeira justiça”. Tal constatação é importante porque limita a abrangência da aplicação da mediação, reservada aos casos em que é possível o diálogo e a combinação dos interesses. Revela-se, aqui, a importância da pré-mediação, pois, através desta, o mediador pode perceber se o caso comporta o procedimento. Isto, portanto, deve servir de norte aos operadores do direito, magistrados e mediadores. Se constatada a possibilidade de acordo, procede-se com a mediação. Não vislumbrado, porém, este resultado, deve ser dispensada a mediação, buscando-se outros métodos para a solução do problema.

Sobre a adequação da mediação aos conflitos familiares, Sales (2007, p. 143-144) ensina:

São justamente nos conflitos familiares que são vividos sentimentos como: hostilidade, vingança, depressão, ansiedade, arrependimento, ódio, mágoa etc., dificultando a comunicação entre os mediados. Durante uma crise, os familiares não conseguem conversar de forma ordenada e pacífica para resolver suas controvérsias. Assim, a mediação familiar incentiva a comunicação entre as partes, responsabilizando-as pela formação de uma nova relação baseada na mútua compreensão. [...] Esse instrumento proporciona às famílias a oportunidade de uma comunicação destinada a esclarecer mal-entendidos, evitando rupturas desnecessárias. A mediação objetiva bem administrar o conflito real, e não se deter apenas ao aparente, pois assim estará sendo solucionado o verdadeiro problema, propondo-se a um trabalho de desconstrução do conflito, fazendo com que os mediados encontrem as reais motivações de suas controvérsias e as solucionem.

Percebe-se que os sentimentos aduzidos pela autora – ódio, mágoa e vingança – são os mais presentes em casos de alienação parental. Estes fazem parte do conflito real, sendo por eles que os atos são cometidos. Daí a necessidade da mediação familiar objetivando a reconstrução do diálogo, das relações e do afeto perdido, atacando-se as causas da síndrome. Busca-se, assim, o restabelecimento da harmonia entre os genitores para que possam conduzir adequadamente a vida da prole mesmo após a separação.⁵²

primeiramente, os conflitos reais (causas derivadas dos aspectos afetivos e psicológicos dos genitores), para depois solver os conflitos aparentes ou de direito (atos de alienação parental).

⁵²“O processo de Mediação Familiar é uma alternativa mais saudável para essas situações. Seu objetivo não é reconciliar um casal em crise, antes estabelecer uma via de comunicação que evite os dissabores de uma batalha judicial. É uma forma de auxílio ao casal separando, para que possa negociar seus desacordos, direcionando seu divórcio ou sua separação de maneira que possam

Nesta perspectiva, Langoski e Moschetta (2014) entendem que a dinâmica da mediação auxilia para evitar maiores prejuízos quando da ruptura familiar, fazendo com que os envolvidos reconheçam a necessidade de preservação da dignidade humana e a responsabilidade de cada um na criação dos filhos. Corroboram as autoras (2014, p. 1):

A Mediação Familiar permite que os interessados/mediandos tenham autonomia e capacidade para gerir e solucionar o conflito existente, em face dos procedimentos utilizados na condução da sessão de mediação. Esta deve ser um processo dinâmico e flexível, em que fatores sociais, econômicos e culturais das pessoas são levados em consideração para a escolha do modo de abordagem do mediador (terceiro), a fim de estabelecer a comunicação e se alcançar a relação de equilíbrio entre as forças em disputa. É o protagonismo que faz com que as pessoas percebam as reais problemáticas do conflito vivenciado, as posições antagônicas, interesses e necessidades. Com o auxílio do mediador, abre-se espaço para a autonomia, a coparticipação e corresponsabilização na transformação do conflito familiar, transmudando para uma nova relacionalidade, que seja mais humana, digna e feliz.

As autoras prosseguem afirmando que a utilização da mediação oportuniza a humanização das relações familiares, a partir da mudança de postura dos mediados e dos sentimentos gerados com os encontros, como respeito e empatia.

Neste sentido, sobre a pertinência e a importância da mediação familiar, aduz Viegas (2011, p. 1):

A técnica já se mostrou adequada para solução de conflitos familiares, recheados de aspectos complexos, arraigados de emoções e sentimentos ocultos. Isso porque contribui para a criação e a manutenção das relações de colaboração entre os casais divorciados preservando os laços familiares, apesar da ruptura do vínculo conjugal. A mediação é muito importante no âmbito familiar porque se trata de um procedimento que objetiva aproximar as partes, através da ajuda de um terceiro - o mediador busca reunir os litigantes, a fim de levantar as controvérsias existentes, facilitando a comunicação, com o intuito de demonstrar que o conflito, não é algo negativo, mas que é natural e extremamente positivo, uma vez que conduz as partes ao progresso, aprimorando as relações interpessoais e sociais. O procedimento é adequado para a resolução de conflitos de relações continuadas, isto é, de relações que se mantêm mesmo existindo controvérsias. Geralmente, tais conflitos envolvem sentimentos, o que dificulta a comunicação. Além disso, a facilitação da comunicação entre os ex-cônjuges possibilita a escuta e o entendimento mais apurado das reais necessidades e sentimentos de cada um, auxiliando-os a desfazer as mágoas, e a se respeitar mutuamente.

São inegáveis, a partir destas premissas, as vantagens da aplicação da mediação para a solução dos conflitos familiares⁵³. Assim, também no tocante à síndrome de alienação parental, enquanto conflito, a referida técnica tem acolhimento, pois, como visto, a guarda compartilhada não pode ser aplicada pura e unicamente como forma de solução daquele problema, devendo as divergências entre os genitores ser previamente sanadas. Neste sentido, a mediação familiar atua no combate aos conflitos reais, às causas dos atos de alienação parental, para que, a partir de então, estes, enquanto conflitos aparentes ou de direito, possam ser dirimidos através da eventual implementação da guarda compartilhada.

No entanto, algumas ponderações devem ser realizadas como formas de ressalvas. É importante observar que a Lei 12.318/2010 traz vários meios exemplificativos de identificar a presença da síndrome da alienação parental. Além disso, ao estabelecer as sanções, impõe penalidades de diferentes níveis de graduação, indo desde a simples advertência à suspensão do poder familiar. Tais disposições revelam que os atos de alienação parental não ocorrem da mesma forma e devem ser tratados ou punidos proporcionalmente à sua gravidade. Da mesma forma, quando do estudo da síndrome, foi visto que esta possui vários estágios ou níveis, estabelecendo-se de modo ora brando, ora severo.

Destarte, se diferentes são os níveis de alienação parental e divergentes são as formas de sua identificação e de tratamento ou de punição, é imperioso

⁵³“As crianças e os adolescentes vivenciam a separação e seus efeitos com um sentimento de choque, angústia intensa e profundo pesar. Muitas crianças são relativamente felizes, até mesmo bem cuidadas em famílias nas quais um ou ambos os genitores se sentem infelizes. Poucas crianças se sentem aliviadas com a decisão do divórcio, e aquelas que se sentem assim geralmente são mais velhas e presenciaram violência física ou conflito aberto entre os pais. As primeiras respostas das crianças não são regidas por uma compreensão das questões que conduzem o divórcio, ou pelo fato de que o divórcio tenha uma incidência elevada na comunidade. Para a criança o divórcio significa o colapso da estrutura que proporciona apoio e proteção. A criança reage como se seu ciclo vital tivesse interrompido” (WALLERSTEIN, 1992, p. 201). “Estes conflitos em torno da criança são, na maior parte do tempo, conflitos não resolvidos pelo casal: a criança torna-se este instrumento privilegiado permitindo aos pais, que não realizem o luto da relação, permanecerem juntos no conflito. Eles utilizam a criança como remédio para suas feridas narcísicas e, às vezes, como um verdadeiro projétil na guerra a que eles se entregam. Recompôr-se, punir o outro, conduzem a comportamentos de ‘apropriação’ da criança, que se torna objeto, e a desvios, que vão da desqualificação do outro progenitor até sua negação, para resultar, por vezes, em uma verdadeira erradicação” (Ganância, 2001, Apud SALES, 2007, p. 153). “Podemos dizer que a mediação familiar tem o poder de operar mudanças ou transformações, abrindo inúmeras portas e caminhos para que cada pessoa envolvida no processo de mediação escolha o percurso mais conveniente a si e ao seu adversário, na situação conflitiva naquele momento” (BREITMAN e PORTO, 2001, p. 67).

consignar que a mediação familiar, embora seja aplicável a tais casos, não pode ser vista como a única solução, mas como possível solução.

Neste sentido, conforme alhures mencionado, Sales (2007) observa que a mediação somente deve ser utilizada quando é verificada a possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas. Viegas (2011), por sua vez, pontua determinadas situações para as quais o processo de mediação não é indicado nem deve ser utilizado, entre elas: a) quando há grandes desníveis de poder entre as partes; b) quando não existe entre os pais uma relação de igualdade e respeito recíprocos; c) na incidência de violência doméstica, maus tratos infantis ou toxicodependência; d) em casos de doenças de foro psicológico ou mental de um ou de ambos os envolvidos que impeçam a comunicação e a tomada de decisões.

Corroborando este entendimento, preleciona Passos (2009, p. 98-99):

É de bom alvitre que se tenha claro que a Mediação [...] tem seus limites. Não representa a panaceia para todos os males e nem uma modalidade irrestrita e incondicional de resolução de conflitos, adequada para toda e qualquer situação ou circunstância. O uso da Mediação é inadequado para circunstância em que haja o desequilíbrio de poder (quando não superável pelo uso das técnicas de comunicação e de negociação para equilibrar a relação). Nesta hipótese é dever do mediador encerrar o processo de Mediação. Também não é indicada a Mediação quando é questão jurídica o tema central do litígio, o que envolve a necessidade de efetiva definição quanto à norma aplicável, quanto aos direitos e obrigações decorrentes do preceito legal, à aferição ou reconhecimento de direitos etc., aspectos divorciados das práticas mediativas. Não se aplica a Mediação em casos de ilegalidade (tipificados como crime ou não), e condutas contrárias ao interesse público (fraudes e/ou corrupção), afrontas aos direitos e às normas jurídicas (lesão moral ou patrimonial a direitos de terceiros) e inúmeras outras questões éticas (na mais ampla acepção da palavra).

Percebe-se, portanto, que o processo de mediação possui abrangência limitada. Se, na pré-mediação, segundo já relatado, ou em uma das fases da mediação, ficar constatado que o diálogo saudável é impossível, assim como a possibilidade de formalização de acordo, o processo deve ser obstado, uma vez que desnaturada a sua própria natureza. Além disso, quando entre os envolvidos os níveis de desrespeito estão exacerbadamente altos, a técnica também não pode ser aplicada, pois, considerando que ela parte da comunicação e de concessões recíprocas, será, obviamente, infrutífera.

Avocando estas considerações ao estudo da alienação parental, é possível concluir que a mediação não pode ser aplicada em quaisquer níveis ou estágios da síndrome ou para combater quaisquer atos do alienador. Assim, em

situações em que a síndrome atinge a criança ao ponto desta repudiar de todos os modos a presença do genitor alienado ou participar da campanha denegritória contra este em apoio ao alienador, ou quando este comete reiteradamente atos mais leves de alienação parental, demonstrando a sua negativa em colaborar, ou atos gravíssimos como a implantação das falsas memórias, especialmente quando estas se relacionam com abusos sexuais, a mediação não deve ser aplicada, devendo ser buscados outros métodos mais eficazes para a solução do conflito.

Isto porque, nestes casos, o diálogo, a comunicação, a escuta ativa⁵⁴, a capacidade de negociação e de formalização do acordo pelos genitores ou, principalmente, pelo alienador, revelam-se improvável de ocorrer. O nível de desrespeito evidenciado pelos atos de alienação é alarmante e preocupante, denotando a impossibilidade de produção dos resultados práticos esperados pela mediação. Uma pessoa que utiliza a própria prole como instrumento de perfuração contundente para atingir os sentimentos do outro, despreocupada com o bem-estar dos filhos, principais vítimas dos atos de alienação parental, e com o seu desenvolvimento emocional e psicológico sadio, a ponto de impingir-lhes graves consequências psíquicas a serem carregadas ao longo da vida, podendo levar, como visto, até mesmo ao suicídio, não pode ser considerada como aberta ao diálogo e à possibilidade de entender, através de meros encontros mediativos, a gravidade de sua conduta e a necessidade de realizar concessões recíprocas.

Destarte, por todo o exposto, é permitido concluir que o procedimento de mediação deve ser reservado às situações que envolvam atos mais simples de alienação parental, como meras mudanças de endereço ou imposição de dificuldades à visitação, bem como em estágios mais brandos da síndrome, quando ainda há um simples desconforto entre criança e genitor alienado, desde que, após avaliação preliminar, o diálogo e o acordo, mesmo nestas situações, se mostrem possíveis. Como já destacado, e apenas para ficar sedimentado, a mediação pode ser uma forma de solução do conflito entre alienador e alienado, mas não é a única. Portanto, para os casos mais graves, devem ser buscados métodos de solução mais contundentes e eficazes.

⁵⁴Escuta ativa significa a vontade e a capacidade de escutar a mensagem por completo, permitindo que o outro expresse todas as suas opiniões e sentimentos, colocando-se uma parte no lugar da outra. O retorno (compreensão da mensagem) e a troca de informações são imprescindíveis para a comunicação efetiva, em um constante *feedback*.

3.4 A Possibilidade de Solução Através da Justiça Restaurativa: a guarda compartilhada como resultado físico deste processo

Ancorado nas premissas anteriores, ficou consignado que, para os casos mais graves de alienação parental, aqueles em que o alienador comete atos mais insidiosos e cruéis para quebrar o afeto entre filho e genitor alienado, cujo estágio da síndrome em que a criança se encontra serve para revelar a forma e o grau da influência maléfica recebida, a mediação, por insuficiência, não é indicada. O teor e a gravidade dos atos de alienação praticados (conflitos aparentes) denotam o nível de conflito real existente, ou seja, de litigiosidade entre os genitores. Desse modo, em busca de soluções para o verdadeiro conflito, causa do problema, o presente trabalho aponta a justiça restaurativa como saída possível.

Após a resolução da querela, pode surgir a implementação da guarda compartilhada como resultado físico deste processo, isto é, como forma de atacar os atos de alienação parental e os efeitos provocados pela síndrome, consequências da ruptura parcial ou total do afeto entre genitor e alienado. Corroborando, a solução da controvérsia existente poderá criar o alicerce para que esta modalidade de guarda produza os seus efeitos esperados – a reaproximação entre genitor e prole e a restauração da afetividade. Antes, contudo, é necessário entender o que venha a ser a justiça restaurativa e a forma pela qual é realizada para compreender a sua utilidade aos casos de alienação parental.

Segundo Bianchini (2012, p. 99), conceitua-se a Justiça Restaurativa como uma abordagem do delito envolvendo vítima, agente e comunidade, visando “estabelecer relações sadias e reestruturação da paz social, além de reparar os danos materiais e imateriais causados pela transgressão”. Aduz o autor que não há uma unidade conceitual para a Justiça Restaurativa, sendo dadas, na maioria das vezes, definições por meio de exemplos e formas de aplicação. Após trazer variados conceitos de estudiosos diversos⁵⁵, Bianchini (2012, p. 95-97) os reúne:

⁵⁵Entre eles, destaca-se a definição de André Gomma de Azevedo, que define a Justiça Restaurativa como uma “proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítima, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral das vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade, vi) respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) humanização das relações processuais em lides penais, e viii) a manutenção ou

Englobando os ensinamentos, Justiça Restaurativa é uma forma alternativa de tratamento do crime, da finalidade da pena e de compreensão do Sistema Penal, envolvendo a vítima, delinquente e comunidade – sociedade – para o restabelecimento do equilíbrio social. Pode ser desenvolvida plenamente por meio da mediação, conciliação, reuniões restaurativas ou círculos restaurativos; ou ainda parcialmente, quando não estiverem presentes todas as partes envolvidas no delito, isto é, numa atuação exclusiva junto à vítima, na aplicação única ao infrator, ou mesmo pelo envolvimento da sociedade com um dos atores do fato. [...] a Justiça Restaurativa seria uma nova forma de abordar a Justiça Penal, de maneira a reparar os danos que foram causados e os problemas nos relacionamentos, ao contrário de apenas punir o infrator. [...] A Justiça Restaurativa busca a reparação do dano causado pelo delito e envolve as pessoas relacionadas ao crime, não se limitando a um processo entre o réu e o Estado.

Granjeiro (2012) pontua que a justiça restaurativa, conciliatória ou reparatória surgiu como contraponto ao sistema retributivo, sem, no entanto, excluí-lo. Neste, vê-se o crime como uma violação legal a qual deve ser aplicada uma punição (função repressiva), esta temperada por doses de ressocialização. Aquela, por sua vez, busca novos caminhos para a pacificação social.

Segundo Vasconcelos (2008, p. 125), a justiça restaurativa tem como paradigmas “o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor, da comunidade afetada, com a colaboração de mediadores, a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes [...]”. Através de um processo restaurativo, vítimas, ofensores e comunidade participam juntos e ativamente na solução de questões provocadas pelo crime. Aborda o autor a finalidade, a concepção e a diretriz institucional da Justiça Restaurativa (2008, p. 126-129):

A finalidade institucional situa a Justiça Restaurativa como um instrumento de aperfeiçoamento do funcionamento da justiça formal. Nesse sentido, a JR representaria um aprimoramento institucional dos órgãos estatais na tarefa de lidar com o ato infracional, significando um acréscimo de eficiência e de humanidade à Justiça Penal. [...] Já a concepção institucional da Justiça Restaurativa [...] contempla um elemento francamente religioso, e concebe a JR como um conjunto de procedimentos destinados a introjetar valores espirituais, humanitários, no sistema de justiça. [...] Como diretriz institucional, um programa de Justiça Restaurativa deve ter como meta institucional o aperfeiçoamento da administração da justiça, a ser aferido pelo grau de satisfação das partes e seu reconhecimento pelos operadores do direito, o que pode contribuir para a mudança na percepção da sociedade sobre a justiça [...].

Em rápido adendo, é interessante notar, após esta breve abordagem conceitual, que a noção de Justiça Restaurativa está arraigada ao Direito Penal. No entanto, esta ligação não impede que seja aplicada a outros ramos do Direito, em

restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito” (Azevedo, 2005, Apud BIANCHINI, 2012, p. 91-92).

especial o Direito de Família, considerando que a compreensão de seu cerne e de sua natureza contribui para sua implementação também em outros setores jurídicos. Se a justiça restaurativa objetiva estabelecer relações saudáveis, reestruturar a paz social e reparar danos, pode ela ser tida como instrumento eficaz na busca de solução para quaisquer espécies de conflito, inclusive os de cunho familiar.

Em prosseguimento, Bianchini (2012) relata que os primórdios da Justiça Restaurativa remontam ao século XIX, em razão de quizilas entre trabalhadores ferroviários dos Estados Unidos da América. Nos séculos seguintes, foram adotados programas restaurativos em querelas comerciais e conflitos étnicos. Já no fim do século XX, pequenas comunidades dos Estados Unidos da América utilizaram encontros restaurativos para resolução de litígios oriundos de pequenos delitos. Também foram instaurados programas na Europa, no Canadá e na Austrália.

Porém, segundo o autor, é com a adesão da Nova Zelândia em 1988 que o processo da Justiça Restaurativa passa a ganhar mais força no mundo, tendo em vista ter editado leis que a incorporaram em todo o programa de Justiça Penal Juvenil. A partir daí, a Colômbia trouxe a possibilidade de utilização da Justiça Restaurativa em matéria criminal em sua Constituição; ocorreu a primeira Conferência Internacional de Justiça Restaurativa, na Bélgica; a União Europeia elaborou uma decisão para criar uma Rede Europeia de Pontos de Contato Nacionais para a Justiça Restaurativa, entre outros acontecimentos.

No Brasil foram criados diversos projetos pilotos para experimentação da Justiça Restaurativa, desaguando na criação do Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa, associação civil sem fins lucrativos com sede em São Paulo.⁵⁶

Embora não considere a Justiça Restaurativa como teoria⁵⁷, Bianchini (2012, p. 118) elenca uma série de princípios a ela exclusivamente atribuídos,

⁵⁶“Em 13 de agosto de 2004 foi fundado o Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa na Escola AJURIS, um espaço para discussão sobre a matéria. Já em março de 2005, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e o Ministério da Justiça foi criado o projeto ‘Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro’, o qual passou a incentivar o desenvolvimento da Justiça Restaurativa em Porto Alegre, Brasília, São Caetano do Sul e São Paulo. Nas duas últimas, a atuação é feita principalmente em escolas, sendo que em Porto Alegre o trabalho é focado nos casos da justiça da infância e juventude; em Brasília, já se pratica a Justiça Restaurativa com infratores adultos. É nessa fase que se inicia o programa ‘Justiça para o Século 21’, que passa a aplicar e a divulgar a abordagem em questão” (BIANCHINI, 2012, p. 105-106).

⁵⁷“A partir do conceito alcançado de Justiça Restaurativa, temos que se trata de uma abordagem acerca do crime, e não de uma teoria ou de um novo paradigma. Compreende-se aqui teoria como um modelo teórico-sistematizado, que abrange uma série de princípios e de fatos da realidade inter-

considerando-a como instrumento para “sanar as chagas formadas pelo crime, auxiliar a vítima na superação do fato criminoso, ter do infrator a compreensão das consequências de sua ação [...]”. Mais uma vez, visualiza-se que a essência do instituto se aplica aos conflitos familiares, tendo em vista que, para a solução destes, é necessária a aproximação das partes, o estabelecimento do diálogo para que cada litigante entenda os seus atos e as opiniões alheias, visando à superação do problema.

O primeiro princípio apontado é a voluntariedade, que reflete uma atuação pelos envolvidos sem qualquer forma de coação, constrangimento ou obrigatoriedade. As partes optam livremente pela Justiça Restaurativa após conhecer o seu procedimento e as suas vontades. Segundo o Bianchini (2012), a voluntariedade não se confunde com a espontaneidade, não sendo esta exigida na Justiça Restaurativa⁵⁸. Isto porque quase sempre o procedimento é sugerido por terceiro, sem que a voluntariedade seja abalada por este fato. É importante ressaltar, ainda, que a voluntariedade é aplicada em todo o curso do processo restaurativo, e não apenas no momento da adesão, podendo as partes resignar do procedimento caso não se sintam aptas a continuar.

Outro princípio aplicável reside na consensualidade, sendo esta a conformidade de ideias ou opiniões sobre um tema, decorrente da voluntariedade, pois aquela não subsiste sem esta. O consenso deve operar acerca da participação, dos fatos fundamentais e da responsabilização dos litigantes. A Justiça Restaurativa confere um papel ativo às partes na condução de suas negociações. Assim, a consensualidade converge os seus interesses, valoriza o indivíduo, ressalta a responsabilidade e traz a autonomia da vontade na direção do diálogo.

relacionados, a qual já tenha sido submetida a uma série de provas que corroboram evidências comprobativas de suas afirmativas. [...] Neste contexto, a Justiça Restaurativa ainda não calcou bases para firmar a concepção de uma teoria. [...] Em síntese, a Justiça Restaurativa não é uma nova teoria ou paradigma do Direito Penal, mas outra forma de compreender o crime sob uma nova abordagem na qual há uma mudança do foco que se estuda. Esta mudança consiste na alteração Estado-vítima para o cidadão-vítima, do delinquente-irresponsável para o infrator com responsabilidade” (BIANCHINI, 2012, p. 108-109).

⁵⁸“Por intermédio da Justiça Restaurativa, busca-se a construção da justiça visando ao futuro, à restauração dos laços, à superação dos traumas, à situação onde se enquadra o delinquente e suas expectativas, e não apenas ao fato simples e objetivo. Pauta-se pelo contexto e não somente pela conduta única” (BIANCHINI, 2012, p. 120-121). Reforça-se, com isso, o entendimento da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa como meio de solução aos conflitos familiares.

Pela confidencialidade, revela-se a necessidade de sigilo das informações, íntimas e de foro pessoal, fornecidas no decorrer do processo restaurativo, sendo exigida de todos os participantes do procedimento. Com isso, os depoimentos não podem ser reduzidos a termo ou utilizados para qualquer outra finalidade, não sendo permitida a publicidade dos atos e fatos que acontecem em segredo. Tal princípio valoriza e reforça a confiança e a fé negocial que deve existir entre os litigantes.

Além disso, o processo deve ser rápido, em contraste com a morosidade do Poder Judiciário, segundo sugere o princípio da celeridade. A diminuição dos aspectos formais, a implantação da oralidade e a desburocratização contribuem para o andamento satisfatório do procedimento. Isto não significa, porém, que não possa ter duração prolongada caso haja necessidade, pois o ideal é que tenha a duração necessária para bem satisfazer o interesse dos envolvidos. Assevera-se que este princípio está umbilicalmente ligado à efetividade do instituto.

As partes, ainda, devem relacionar-se com respeito e disciplina, caracterizando o princípio da urbanidade, uma vez que é exigência social a obediência a regras de conduta e de tratamento. Sem as boas maneiras o procedimento não evoluiria, sendo essencial o elemento da civilidade, considerando que as partes precisam falar e ouvir, com reciprocidade, para que o acordo tenha a possibilidade de acontecer a partir das negociações bem sucedidas.

De acordo com o princípio da adaptabilidade, o caso deve ser adequado ao melhor procedimento possível, conforme as particularidades do problema e dos litigantes, minimizando as tensões do conflito mediante um sistema que promova um desempenho efetivo e possibilite o êxito da restauração. Neste sentido, a flexibilidade da Justiça Restaurativa é fundamental para a verificação dos meios adequados à lide, havendo uma elasticidade procedimental.

Por fim, como inerente e imprescindível à Justiça Restaurativa, tem-se o princípio da imparcialidade, não podendo aquele que conduz o procedimento ter interesses quanto ao resultado. Além disso, não cabe ao intermediário⁵⁹ envolver-se emocionalmente com as frustrações e os anseios dos envolvidos.

⁵⁹Bianchini (2012) aponta como intermediários uma série de profissionais, como mediadores, advogados, psicólogos, terapeutas, assistentes sociais, entre outros, dependendo da conveniência e oportunidade do processo.

Consideradas estas noções gerais sobre Justiça Restaurativa, percebe-se que muito se falou até aqui de procedimento restaurativo, sendo necessário realizar uma análise sobre a forma como se dá este processo, seus métodos e abordagens. Segundo Bianchini (2012), a aplicação da Justiça restaurativa é feita por meio de diversas formas de diálogo entre os envolvidos. Neste cenário, devem ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e reuniões restaurativas para a eficácia do procedimento, integrando as partes e profissionais do direito e de outras áreas do conhecimento, criando-se, assim, uma interdisciplinaridade com o fim de solucionar o conflito.

É justamente pela geração deste ambiente que a Justiça Restaurativa não pode ser confundida com mediação. Esta confusão é comumente operada pelos estudiosos da área, como é possível visualizar nas palavras de Rosa (2008, p.1):

A mediação familiar é realizada de forma interdisciplinar, envolvendo profissionais de diversas áreas, como advogados, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, que atuam com a finalidade de auxiliar os envolvidos a que eles possam construir uma nova alternativa para seus conflitos e também, colocarem sua atenção voltada para o futuro, construindo um novo relacionamento após a separação, principalmente em relação a seus papéis parentais.

Também Andrade (2009, p. 1) mistura os métodos de mediação com os de Justiça Restaurativa:

A mediação é uma prática interdisciplinar que tem muito a contribuir nas demandas de direito de família, já que mediar é ação de comunicar e os desentendimentos familiares têm origem na dificuldade de comunicação. A mediação familiar, no entanto, necessita de espaço e tempo próprios. Em geral ocorre em bem mais do que uma sessão. Não é uma terapia familiar, pois não se aprofunda nos impasses da subjetividade, mas concentra seus esforços no restabelecimento da comunicação entre as partes. É bem verdade que a escuta é extremamente importante, sendo preferível que a mediação familiar seja levada a efeito por uma equipe interdisciplinar, formada por profissionais não só da área do direito mas também de outras disciplinas como a psicologia, a psicanálise, a assistência social, entre outras.

O método da interdisciplinaridade, pela conjugação dos esforços de vários profissionais, jurídicos ou não, é característica da Justiça Restaurativa, que propicia o enfrentamento do conflito em suas raízes, ou seja, na solução das causas psicológicas ou emocionais que envolvem os litigantes. A mediação, por sua vez, embora também pretenda solver a disputa, possui meios mais limitados, resumindo-se a encontros, conversas, negociações, entre outros, que, conforme visto, são

inócuos para determinados casos. Como é possível inferir da análise conceitual, a mediação pode integrar o processo restaurativo, sendo um de seus métodos.

Neste sentido, diferencia Bianchini (2012, p. 139):

É importante enfatizar, como Howard Zehr ensina, que a redução da Justiça Restaurativa ao método ou termo “mediação” não despreveria de forma exata o ideal restaurativo, de modo que a utilização dos vocábulos “conferência” e “diálogo” exprimiriam melhor o contexto do instituto. Afinal, as vítimas não têm o intuito de serem denominadas como litigantes em um processo restaurativo.

A criação deste ambiente multidisciplinar é de suma importância aos casos de alienação parental, devendo ser aplicado para a constatação da síndrome e do seu estágio, para a aferição dos atos causadores do problema, bem como para a identificação da causa geradora destes atos, ou seja, a insatisfação com o término da relação, o desejo de vingança, os traumas da separação, entre outras. Após a reunião de todos estes elementos, para a qual a variedade de profissionais de diversas áreas é fundamental, define-se o modo de tratamento ou de solução do litígio constatado, a fim de tornar possível, posteriormente, a resolução dos atos de alienação parental e da síndrome, enquanto suas consequências.

Segundo Granjeiro (2012) – fazendo-se uma leitura analógica de sua obra, conduzida especificamente para o estudo da aplicação da Justiça Restaurativa aos casos de agressão conjugal, para analisar suas conclusões na perspectiva dos conflitos familiares, do qual aqueles casos são espécies, mediante raciocínio indutivo –, a complexidade das querelas familiares, em particular os conflitos reais ou causas dos atos de alienação parental (conflitos aparentes ou consequências), enquanto realidade violenta, requer a construção do conhecimento, utilizando-se a interdisciplinaridade entre as diversas ciências, especialmente no diálogo entre a Psicologia e o Direito, para a solução do litígio, enquanto alvo da Justiça Restaurativa. Nas palavras da autora (2012, p. 77):

[...] A supressão do monólogo jurídico, a eliminação de quaisquer barreiras na compreensão das implicações teórico-práticas do fenômeno, bem como a análise da variedade de perspectivas – do casal, dos profissionais do direito, dos profissionais do setor psicossocial e da autora – sobre o objeto, a partir dos significados sociais e subjetivos a ele relacionados [...], ajudam a entender as inter-relações descritas no contexto concreto do caso e a traçar caminhos mais adequados para superar a realidade violenta do casal.

Infere-se, portanto, que o relato de experiências conjugais, bem como da forma como ocorreu a dissolução do vínculo entre os consortes, ou seja, das origens

do conflito, além das observações de audiências e as entrevistas com os profissionais do direito e do setor psicossocial, fornecem informações ou subsídios para a construção de um espaço de reflexão sobre as experiências subjetivas dos litigantes.

Nesta linha de inteligência, a Justiça Restaurativa atua a partir da formação de uma equipe multidisciplinar de profissionais que, com entrevistas, estudo do caso específico, relatos e audiências, buscará as bases do conflito familiar, objetivando entender a história, razões, traumas, dúvidas e anseios de cada envolvido, a fim de gerar a solução mais adequada e eficaz ao litígio. Neste cenário, ensina Granjeiro (2012, p. 80) que a entrevista é o recurso mais importante na captação de representações e sentidos construídos pelas partes do litígio, tendo em vista que a realidade é descrita do ponto de vista de cada um, com o objetivo de

converter-se em um diálogo, num processo de construção de significados, em que há um encontro interpessoal e, portanto, subjetivo dos participantes, responsável por gerar uma série de elementos de sentido sobre os quais o pesquisador sequer havia pensado. Essa relação dialógica permite a conversão das informações em elementos importantes do conhecimento e enriquece o problema inicialmente planejados de forma unilateral pelo investigador.

A autora aponta, como método de análise dos resultados da investigação realizada sobre o conflito e suas motivações, a hermenêutica de profundidade⁶⁰. Esta técnica busca a elucidação das maneiras como as formas simbólicas (falas e ações) dos envolvidos são interpretadas e compreendidas por eles. Utiliza-se, para esta finalidade, entrevistas e observações participantes para conhecer o contexto mais abrangente do campo conflitual sob análise. Neste esforço, não podem ser negligenciadas as condições sociais, históricas, psicológicas e emocionais dos indivíduos em litígio.

Percebe-se, por estas linhas, a importância do processo restaurativo para a solução de conflitos familiares, em particular dos litígios relacionados à alienação parental. Visto que as causas da síndrome e dos atos de alienação residem na incapacidade de bem administrar as frustrações conjugais, levando um dos

⁶⁰Explica Granjeiro (2012) que a hermenêutica de profundidade possui três fases ou procedimentos principais: a) análise sócio-histórica, caracteriza pela reconstrução das condições de produção, circulação e recepção das formas simbólicas, a fim de identificar e descrever as situações espaço-temporais específicas; b) análise formal ou discursiva, que procura reconhecer a estrutura dos objetos e das expressões que circulam nos campos sociais, ou seja, os produtos de ações situadas; c) interpretação/reinterpretação, que se revela como uma construção sobre a análise formal e sobre os resultados da análise sócio-histórica.

genitores a utilizar o filho como arma para ferir o outro, é evidente que tais situações possuem origem em problemas de cunho psicológico, emocional e, muitas vezes, psiquiátrico. Desse modo, não se pode pretender que esta conjuntura seja sanada apenas com a aplicação da guarda compartilhada ou com meros encontros prévios de mediação, devendo ocorrer, para este fim, a aplicação da Justiça Restaurativa, com todas as suas técnicas e métodos em busca de uma solução.

Neste cenário, Campos e Carvalho (2004, apud Granjeiro, 2012, p. 92) destacam que a intervenção de atores externos ao conflito familiar (juiz, Ministério Público, defensor público, psicóloga, assistente social) representa um reequilíbrio para a situação litigiosa. Afirma Granjeiro (2012) que, para a contextualização do objeto conflituoso, não se pode simplificar o problema, sob pena de obscurecer as inter-relações existentes entre as partes, mas devem ser investigadas as diversas circunstâncias que recortam o litígio. “É necessário mudar de convicções e atitudes: afastar-se da crença de que o objeto de estudo [...] deverá ser delimitado para ser entendido” (GRANJEIRO, 2012, p. 104). Daí a importância da conjugação de esforços interdisciplinares para a abordagem completa e complexa do conflito⁶¹, considerando que, para entender as querelas familiares, é preciso enxergar as relações que dão coesão ao todo.⁶²

A realização desse trabalho revela um fazer jurídico que se coloca como exceção dentro do mundo do Direito, superando a mera dicotomia caso/sentença quando se encaminha os litigantes para o acompanhamento psicossocial, priorizando-se o atendimento das partes (GRANJEIRO, 2012).

⁶¹“O discurso dos operadores corrobora a ideia de que o pensamento jurídico tradicional está mudando. A aplicação do direito estatal deixou de ser prioridade, no momento inicial da ação. Na audiência preliminar, realizada para ouvir a mulher, o juiz afirma que tenta entender a relação conflituosa. O porquê da violência, a situação dos filhos, o contexto familiar. Há uma visível preocupação com a questão subjetiva do conflito. A presença da psicóloga ou da assistente social na audiência indica também uma visão mais clínica do problema” (GRANJEIRO, 2012, p. 105).

⁶²Granjeiro (2012), em sua obra, traz vários trechos das entrevistas concedidas por profissionais que lidam com os conflitos familiares, sendo importante conhecer alguns deles: “(...) Primeiro, essas audiências – que a gente tem contato com eles – ainda é uma audiência muito próxima do fato que aconteceu. Geralmente os ânimos ainda estão exaltados. Ainda tem muitas questões para serem definidas: a partilha de bens, eles estão muitos magoados um com o outro ainda. Então o contato é superficial. A gente não sabe quase nada daquele casal que está ali. Então, como vamos mediar alguma coisa numa situação dessas. Outra coisa é que, para cada audiência, a gente tem ali 10/15 minutos no máximo. Como é que, sem conhecer as partes, sem saber de todas as complexidades que trouxeram eles até ali, podemos propor um discurso de mediação? (Promotora de Justiça)” (GRANJEIRO, 2012, p. 113).

Um dos entraves, contudo, à aplicação da Justiça Restaurativa, segundo a autora, reside na questão cronológica, pela qual o magistrado é compelido a cumprir metas e resultados em curtos lapsos temporais, o que impede a implementação do processo restaurativo, que, pela complexidade envolvida, por óbvio, demanda tempo. Critica esta postura Granjeiro (2012, p. 114):

O Poder Judiciário brasileiro estabeleceu uma série de metas a serem cumpridas pelos órgãos estaduais e federais de justiça. O objetivo é tornar o Judiciário mais ágil, decidir com presteza, qualidade e integridade, segundo o desembargador Otávio Augusto Barbosa, presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal [...]. em recente discurso, o presidente ressaltou a necessidade de humanizar a Justiça, de ela estar onde o povo precisa que ela esteja e de cumprir a missão constitucional de dizer o direito ao cidadão [...]. [...] Porém, as palavras do desembargador são contraditórias. Humanizar a Justiça vai além de julgar de maneira ágil, de ‘dizer’ o direito ao cidadão. É julgar, sim, com qualidade e integridade, mas não pelo número de audiências que um juiz realiza numa tarde de trabalho ou pela quantidade de relatórios psicossociais que a assistente social apresenta num mês ou ano. Desse modo, a quantificação e matematização tornaram-se características indispensáveis ao ‘sucesso’ profissional dos operadores jurídicos e psicossociais na instituição judiciária [...].

Outra questão tendente a obstar a implementação do processo restaurativo, conforme relata a autora, em uma perspectiva interdisciplinar, é a relação de poder muito marcada tanto no Poder Judiciário quanto no Ministério Público, parecendo existir uma sacralização das funções destes órgãos no sentido de que somente eles podem interpretar as normas jurídicas, o que dificulta a admissão de profissionais de outras áreas. A construção do ambiente multidisciplinar esbarra no modo como os operadores jurídicos internalizam o conhecimento.

A interdisciplinaridade, leciona Granjeiro (2012, p. 118-119), “somente pode ser constituída, validada e estruturada a partir da inter-relação de múltiplas e variadas experiências”. Os profissionais envolvidos devem ser parceiros, elaborando um programa coletivo de trabalho, com a intenção de “revelar possibilidades, de acrescentar, consolidar, impulsionar e valorizar o pensar e o agir uns dos outros”.⁶³

⁶³(...) Buscamos despertar a visão crítica do casal sobre a violência, sobre o ciclo que se perpetua. Muitos continuam juntos, mas esse não é o nosso objetivo. Nós queremos que eles tenham uma visão crítica e relacional do conflito. Se eles quiserem ficar juntos, não é por causa do atendimento. A dinâmica comunicacional desses casais é que deve mudar (Assistente Social). (...) O nosso objetivo é poder possibilitar a essas pessoas que elas possam refletir, porque elas chegam aqui sem refletir, na maioria das vezes. Eles relatam o problema. Ele fez isso, isso, isso. Ele diz que ela fez isso, isso, isso... Eu fiz isso porque ela fez isso. Porque tem muito padrão de justificar uma violência com base no comportamento da companheira. A gente tenta dar condições de começar o processo de reflexão (Psicóloga). (...) É uma questão delicada. É uma questão psicossocial. Acho que a aplicação da pena não é suficiente. A violência doméstica, ela é complexa. O que o sistema criminal de forma tradicional, ele oferece uma retribuição de uma coisa que já aconteceu. (...) Agora,

Assevera a autora que é imperativo dar maior atenção ao casal envolvido no conflito. Assim, o processo de escuta interdisciplinar das partes pelos profissionais contribui para corrigir o problema através da reflexão, compreensão e reparação.

Segundo a autora, é preciso aceitar visões alternativas de resolução de conflitos familiares. O paradigma exclusivamente punitivo não resolve a complexidade do problema. Destaca-se, com isto, que a guarda compartilhada não pode ser aplicada secamente aos casos de alienação parental, tendo em vista que estes têm em sua gênese conflitos que precisam ser solucionados. Aceitar as alternativas depende, ademais, do reconhecimento de que os sujeitos devem estar no centro do processo. Neste sentido, afirma Granjeiro (2012, p. 129-131) ser esta a proposta da Justiça Restaurativa: vivenciar a justiça. Em suas palavras:

[...] E como fazer isso? Criando oportunidades sistêmicas de troca de informações, de empoderamento dos sujeitos e de ações com o propósito de corrigir o problema. [...] O modelo da Justiça Restaurativa almeja analisar o problema de maneira integral [...]. Para isso, a participação da comunidade é importante na busca da Justiça. A troca de informações [...] configura um importante passo para achar respostas às seguintes perguntas: O que aconteceu? Por que aconteceu? Como superar o problema? [...] Numa interação direta entre os protagonistas, é possível explorar o passado – não como um fim em si mesmo – para resolver os problemas no presente, mas sem se esquecer das intenções futuras. Para *vivenciar* a Justiça, é essencial instaurar uma dimensão mediadora entre vítima e ofensor [...], pois ela fortalece os participantes, afasta representações equivocadas, oferece oportunidades para troca de informações e estimula ações com o objetivo de corrigir o problema.⁶⁴

Nesta linha de intelecção, ressalta Granjeiro (2012, p. 139-140) a importância e a atuação do setor psicossocial para a Justiça Restaurativa:

isso vai resolver a falta de diálogo, a forma da violência como padrão relacional do casal? Não vai. Por isso eu acho que precisa conjugar as coisas. Compreender. Você não pode resolver uma coisa de maneira simples quando ela é complexa (Promotora de Justiça)” (GRANJEIRO, 2012, p. 118).

⁶⁴(...) Não conheço bem os princípios da Justiça restaurativa, mas gostaria de conhecê-los. Tudo que tem a ver com a superação do ódio, da violência, vale a pena. Aqui eu falo mais. Eles só se manifestam quando são perguntados. Também o ambiente não é propício. Eles chegam com medo, cheio de receio. A minha posição como juiz pode intimidá-los. Acho que tento aplicar um pouco de Justiça restaurativa, muito pouco, pois ainda não sei muita coisa. (...) Se for para melhorar a relação, para o casal entender o ciclo insano e superá-lo, acho viável. (...) se o objetivo é a reconciliação, a restauração ou mesmo a compreensão do conflito (mesmo que o casal não queira permanecer juntos), acho válido. Só acho que mesmo nos casos de violência conjugal recíproca, há necessidade de oferecer condições de empoderamento da mulher, que em regra, só bate porque apanhou antes (Juiz de Direito)” (GRANJEIRO, 2012, p. 130). “Acredito que a Justiça restaurativa é tudo. Um trabalho bem feito, ensinar o casal a se respeitar, a entender como cada um age em relação ao outro e essa questão de autoestima, porque estão juntos, estão em conflito porque não têm autoestima. Acho que o único meio de resolver o problema de maneira efetiva é a aplicação da Justiça restaurativa. O acompanhamento de psicólogos, psiquiatras, se for preciso também. Lidar com o relacionamento, com pessoas. Lidar com as emoções. O único meio para obter sucesso é mudando os agentes (Defensor Público)” (p. 133).

É importante destacar que o SETOR PSICOSSOCIAL trabalha com casais em grupos separados. Só em casos excepcionais, eles são convidados a participar de sessão conjunta [...]. Há, no máximo, cinco sessões, distribuídas em cinco semanas de acompanhamento psicossocial. Em regra, os profissionais trabalham em duplas: dois psicólogos, dois assistentes sociais ou um psicólogo e um assistente social. [...] O objetivo é a compreensão do conflito [...]. Enquanto os objetivos do acompanhamento psicossocial são o atendimento terapêutico, numa visão sistêmica, com vistas a criar possibilidades aos casais de compreender o conflito e desnaturalizar o processo de comunicação violenta, a Justiça restaurativa considera – além desses objetivos – a reparação do dano, por meio de encontros reflexivos entre vítima e ofensor. Entretanto, compreende-se também que a fundamentação da opção pela Justiça restaurativa, como um novo paradigma de resolução de conflitos, passa necessariamente pelo tratamento terapêutico, isto é, a terapia do casal e de sua família. [...] Por meio desses encontros reflexivos/terapêuticos, é possível encontrar soluções próprias para o caso concreto (com respeito à conjugalidade de cada casal), bem como promover a emancipação, o reconhecimento da complexidade da relação conflituosa, a solidariedade da comunidade frente ao problema, a quebra da indiferença da sociedade em relação ao enfrentamento da violência [...]. Tudo isso vai favorecer a construção de um processo transformador do relacionamento, por meio da autodeterminação das pessoas, de experiências construtivas, de alternativas [...].

Atesta-se, diante de tudo, que, como um novo paradigma na forma de enfrentar os conflitos familiares, a Justiça Restaurativa foca as suas atenções para os litigantes, construindo uma nova forma de enxergar as disputas. A fim de possuir um potencial transformador, “deve criar possibilidades de atar as feridas, acolher o sofrimento, lidar com as incertezas [...] e incentivar os protagonistas a viver sem violência” (GRANJEIRO, 2012, p. 147).

Após esta breve abordagem sobre a Justiça Restaurativa, seus métodos, princípios e conceitos, algumas considerações devem ser realizadas, em reforço a argumentos já expendidos, para melhor entender a contribuição da restauração aos casos de alienação parental. Rememorando, a alienação parental ocorre quando um dos genitores, em regra o detentor da guarda, estimula a prole, mediante interferências psicológicas maléficas, à quebra dos laços afetivos com o genitor não guardião. Neste processo, o alienador utiliza vários atos para atingir sua finalidade, como mudanças de endereço, imposição de dificuldades ao direito de visita, sonegação de informações, campanha denegritória da imagem do outro, implantação de falsas memórias, entre outros. Como é possível inferir, a alienação parental envolve uma situação de extremo conflito.

Por tudo isto, o afeto existente entre filho e genitor não guardião vai sendo, aos poucos, minado. A criança passa a repudiar a simples presença do alienado, temê-lo ou desrespeitá-lo, caracterizando a presença da síndrome de

alienação parental, que possui vários estágios. Visando reestabelecer os vínculos afetivos entre prole e genitor não guardião, a Lei 12.318/2010 previu uma série de medidas, entre elas a guarda compartilhada. Esta tem o objetivo de reaproximar filho e genitor, restaurando o amor, a afetividade e o respeito antes existentes.

No entanto, deve ser considerado que existe uma relação de causa e efeito na qual nenhum de seus aspectos pode ser desconsiderado. Isto porque a síndrome de alienação parental é consequência dos atos de alienação parental. Estes, por sua vez, como já relatado, são decorrências da frustração do alienador quanto ao rompimento do vínculo conjugal, a não aceitação do término do relacionamento, à mágoa e ao ressentimento guardado, à impossibilidade de bem administrar o luto da separação e de dar prosseguimento à própria vida, que são os verdadeiros conflitos ou causas de todo problema. Com base nisto o alienador promove a alienação.

Ainda que a guarda compartilhada seja aplicada, nos períodos em que a criança permanece com o alienador, a alienação continua, impossibilitando a produção dos resultados esperados pela modalidade. Desse modo, para que a síndrome seja superada e o afeto restabelecido, é preciso que cessem os atos de alienação parental, e estes somente cessarão quando tiver fim a sua causa, ou seja, os conflitos reais acima apontados. Para que isto ocorra, portanto, é necessária a aplicação de métodos, seja da mediação para os casos menos graves, seja da Justiça Restaurativa para os casos mais graves.

Para atingir esta finalidade, o julgador não pode ficar adstrito às limitações da lei. Tratando-se de direito da criança e do adolescente, que é o que realmente está em jogo na alienação parental, todos os meios e esforços devem ser envidados para melhor proteger o menor. Neste sentido, Silva (2009, p. 85-86):

O direito não é somente um sistema de normas expressas, com vinculação lógica. É um fator de equivalência com a comunidade na ordem familiar e nas suas manifestações, causa de harmonia e conflitos sociais. Atuando com fiscal e controlador, o juiz, longe de oferecer seu próprio subjetivismo, tem apoio nas valorações da comunidade. Os confrontos que envolvem filhos impõem uma interpretação dos fatos, que situam o juiz diante de um vasto campo.

Assim, torna-se “cada vez mais essencial arejar o sistema jurídico, gerando oportunidades de diálogo entre estes e as demais disciplinas sociais, abrindo o sistema para a complexidade e para a interdisciplinaridade” (TARTUCE,

2008, p. 25). Não se pode valorizar excessivamente a norma jurídica, tendo em vista que cada arranjo familiar tem suas peculiaridades, consubstanciando um sistema complexo que envolve direitos, deveres, afeto, disputas, conflitos, entre outros aspectos. O Direito, por mais que tente, não consegue alcançar a seara complexa e intrincada dos conflitos familiares.

Desse modo, a melhor decisão deve considerar os sentimentos envolvidos, as particularidades, o histórico da família, os motivos, medos e anseios de cada membro. Especificamente quanto aos casos de alienação parental, segundo Silva (2009), deve-se proceder com a redução da intervenção judicial, aproximando as partes para o diálogo e aplicando a orientação e o acompanhamento terapêutico de pais e filhos.

Granjeiro (2012), a partir de entrevistas com diversos casais em conflito, conclui que estes, embora em litígio constante, necessitam ser ouvidos, compreendidos, e esperam receber o apoio de profissionais para que o diálogo aconteça. Estes casais buscam a Justiça para que os seus problemas sejam solucionados, mas se decepcionam por não receberem respostas adequadas, queixando-se da falta de atenção quanto às suas perspectivas. Tudo isto, segundo a autora, revela a complexidade dos problemas, requerendo um olhar acerca da variedade dos aspectos que os compõem. Daí a importância da aplicação da Justiça Restaurativa como possível solução para conflitos familiares tão complexos, objetivando reestabelecer a ordem afetada pelos litígios.

É interessante constatar que a jurisprudência brasileira é escassa quanto à aplicação da Justiça Restaurativa aos casos de alienação parental. Um dos poucos exemplos é o Agravo de Instrumento nº 70057654287⁶⁵, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 13 de março de 2014 e publicado no Diário de Justiça em 17 de março de 2014, tendo como relator o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl.

Este julgamento tratou de pedido de adoção feito por dois irmãos maiores em relação a dois irmãos menores, visando à destituição do poder familiar dos pais, tendo obtido a guarda provisória liminarmente. Ainda no primeiro grau de jurisdição, foram realizados estudos psicossociais onde as partes litigantes foram ouvidas, cada

⁶⁵Disponível em: <<http://http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114091545/agravo-de-instrumento-ai-70057654287-rs/inteiro-teor-114091556>>. Acesso em 03 de junho de 2014.

uma fornecendo amplamente a sua versão. Além disso, exames psiquiátricos foram procedidos para a aferição da personalidade dos pais e dos irmãos maiores, bem como a análise da situação psicológica e emocional das crianças. Após a abordagem de toda a equipe interprofissional, a guarda provisória retornou aos pais, tendo sido concluída a presença da Síndrome de Alienação Parental levada a cabo pelos irmãos maiores. Ocorre que a aproximação entre pais e filhos menores foi inviável em razão da grave interferência psicológica realizada pelos irmãos, revelando uma causa demasiadamente complexa.

Em tentativa de solução, o Relator assim apontou:

Portanto, aposto num caminho até então não palmilhado, que é a instauração de um “pacto de convivência” entre os cuidadores fáticos e a genitora, a ser obtido mediante [...] Justiça Restaurativa, de modo que se consiga a reaproximação com os filhos, sem a negativa interferência de André e Jaqueline. Que se aposte na possibilidade que possam compreender o papel e a situação de cada um nesse processo e, assim, estabelecer uma forma de convivência. E mesmo que distantes de um estado de perfeição ou de um equilíbrio absoluto, mas desde que também afastados de um estado constante de beligerância, de desrespeito, de desinteligência. [...] A solução, assim, está na adoção de medidas voltadas para a conciliação entre os adultos, lançando mão das técnicas da [...] Justiça Restaurativa, que, desde já, determino, com a estipulação, no juízo originário, de um planejamento estratégico que seja levado a cabo, sem interrupções, o que é fundamental para a saúde psíquica dos irmãos.

É interessante notar como as técnicas de Justiça Restaurativa foram aplicadas ao caso em concreto desde o primeiro grau de jurisdição, com a formação da equipe multiprofissional para investigação a fundo do problema. Assim, tomando o julgado como exemplo, em casos de alienação parental, para a solução de suas reais causas, aconselha-se a formação de uma equipe interdisciplinar, integrada por profissionais jurídicos e de outras áreas do conhecimento, como psicólogos, assistentes sociais, psicoterapeutas, psiquiatras, entre outros que se fizerem necessários, para investigar as bases do problema e envidar esforços para solucioná-lo. A conjugação destes trabalhos é de suma importância para a resolução satisfatória do litígio, considerando que o julgador, por melhor vontade que possua, não possui formação e capacidade técnica e intelectual para pretender entender a complexidade das questões familiares e resolver, em uma sentença, todo o conflito instaurado. Neste sentido, Granjeiro (2012, p. 125-126):

Sendo o Direito autocêntrico (porque se coloca no centro do mundo), os profissionais jurídicos mais comprometidos com o entendimento aprofundados dos conflitos vivem um paradoxo. De um lado, estão submetidos a regras e padrões dos procedimentos legais, estes impostos

por leis e instituições hierárquicas superiores. De outro, buscam não reduzir a ação a um cálculo matemático, mas acabam fazendo-o por falta de preparação intelectual para solucionar as questões da vida não mecânica, isto é, o mundo dos sentimentos e das emoções.⁶⁶

Por isso, propõe-se que o juiz possibilite a criação da equipe multidisciplinar, acompanhando e presidindo todo o procedimento restaurativo. Os profissionais envolvidos, através de pesquisas, entrevistas, audiências, reuniões, mediação, estudos e pareceres, buscarão entender os conflitos reais, ou seja, as verdadeiras causas da alienação parental, conforme já mencionado. Mediante a análise do histórico conjugal, dos motivos da separação, do processo de rompimento, dos traumas persistentes, dos sentimentos, angústias, anseios, medos e sentimentos de cada um, sempre permitindo a aproximação das partes para o diálogo, para o consentimento, fazendo com que cada uma possa falar, ouvir e entender as particularidades da outra, a equipe fornecerá subsídios suficientes para que o julgador tome a decisão que melhor convier ao caso em concreto. E é de bom alvitre que esta decisão, caso seja necessário, objetive traçar um plano que permita a solução dos problemas psicológicos, emocionais e psiquiátricos dos filhos e, em especial, do genitor alienador.

Destarte, após o tratamento das partes em litígio, caso os conflitos reais sejam definitivamente solvidos, revelando a certeza de que as causas que impulsionam o alienador aos atos maléficis estão extintas, e que estes não mais serão repetidos, passa-se à busca pela solução da síndrome, ou seja, para reaproximação de pais e filhos e para o restabelecimento do afeto antes rompido.

Aqui, sim, a guarda compartilhada pode atuar como solução, revelando-se como resultado, conclusão, final, última parte e consequência física de todo o processo restaurativo aplicado. Desse modo, pode a modalidade produzir os efeitos que dela são esperados, ou seja, o contato entre genitores e prole, a reaproximação,

⁶⁶“(...) Eu acho que eles (os juizes) tentam entender o processo de violência do casal, mas ainda é necessário um maior treinamento. Há encaminhamentos, aconselhamentos na audiência. Nenhum dos juizes se prende ao rito processual. O aconselhamento que eles dão. Vejo que eles são preocupados com o padrão de relacionamento, da dinâmica do fenômeno. Há um foco na reconciliação que um dos juizes faz. É preciso muita sensibilidade para saber em que casos propor a reconciliação. (Psicóloga). (...) O juiz do (...) Juizado tenta fugir da Justiça retributiva. Nesse ponto aí ele realmente atinge o foco do conflito do casal. Ele tem um forte interesse em trabalhar o conflito, o relacionamento. Ele tem. Mas ainda é amador. Falta treinamento, equipe. Cabe ao Estado desenvolver essa pequena semente aí que o Dr. Augusto tenta aplicar. Quando o juiz tenta entender o conflito, ele ouve as partes interessadas, mas tudo ainda é muito incipiente. (...) [...] (Defensor Público)” (GRANJEIRO, 2012, p. 126).

a reintegração do afeto e do sentimento amoroso, o compartilhamento de vidas e de decisões, a exclusão das barreiras, a promoção do carinho e da confiança, enfim o reequilíbrio das relações e a reconstrução dos laços tão inerentes e necessários entre pais e filhos. É importante considerar, ainda, a implantação da Justiça Restaurativa também nesta fase, devendo os envolvidos, em especial a prole, ser acompanhados pela equipe interdisciplinar para aferição constante dos níveis da síndrome até o seu total desaparecimento.

Desse modo, somente extirpando o conflito e restabelecendo a harmonia é que o ministério da guarda compartilhada pode ser bem realizado, uma vez que requer unidade de direitos e deveres e a conjugação de vontades, decisões, ideias, esforços e consentimento para a melhor condução do desenvolvimento digno da prole.

CONCLUSÃO

É necessário ter em mente, em conclusão ao presente trabalho, o círculo vicioso em voga na alienação parental. O afastamento entre genitor alienado e sua prole e o rompimento dos laços afetivos são consequências da síndrome de alienação parental. Esta, por sua vez, tem origem na realização dos atos de alienação parental pelo alienador. Tais atos, ainda, possuem como causa direta a relação conflituosa entre os genitores, que, por fim, advém dos conflitos reais, ou seja, a incapacidade de bem administrar o luto da separação, de conviver e superar os traumas conjugais, o desejo de vingança e as frustrações provenientes do rompimento do vínculo amoroso, que levam à consecução da interferência psicológica negativa sobre os filhos no intuito de minar o afeto com o genitor alienado.

Desse modo, é preciso conceber que aquilo que se convencionou chamar de alienação parental não envolve apenas a quebra da afetividade, a síndrome e os seus atos, na forma fria descrita pela Lei 12.318/2010, ou seja, não aborda apenas partes do círculo, mas o abrange por completo. Neste sentido, também integram a noção de alienação parental os conflitos reais e as suas causas mais remotas, compreendendo toda a relação de causa e efeito do problema.

Sendo assim, quem pretende solucionar o semblante mais aparente da alienação parental, isto é, a ruptura da afetividade entre genitor e prole, deve começar pelas faces mais recônditas, vergastando o transtorno pela raiz e destruindo inteiramente o círculo vicioso. Do contrário, o fluxo não pode cessar, ou seja, as causas sempre alimentarão os seus efeitos. Na medida em que as consequências vão sendo retiradas, outras motivações vão sendo produzidas, adubando a síndrome, que produzirá seus frutos protraidamente no tempo.

Por tais razões, a guarda compartilhada não pode ser aclamada como solução única e panaceia para todos os males decorrentes da alienação parental, pois a modalidade apenas combate uma das partes do círculo, que é a distância entre alienado e prole e o rompimento da afetividade. Além disso, segundo assentado, é requisito imprescindível para o eventual sucesso do ministério conjunto que haja harmonia entre os genitores, a fim de que a condução da vida da prole proporcione o seu desenvolvimento sadio.

Portanto, onde reina o conflito, não há harmonia ou consenso, não havendo terra fértil para que a modalidade seja profícua. Para isso, é preciso que o litígio entre os genitores seja sanado, isto é, que os conflitos reais da alienação parental, aqueles escondidos na mente de cada genitor, especialmente na do alienador, sejam extintos. Destarte, torna-se imprescindível a busca de modos de solução para as causas do problema.

Nesta investigação, apontou-se como possível solução a mediação familiar, que, através de técnicas de aproximação das partes por encontros e reuniões presididos por terceiros imparciais, objetiva o diálogo e a comunicação entre os litigantes, com a exposição de suas versões, opiniões, desejos e frustrações, ao mesmo tempo ouvindo e absorvendo o ponto de vista do outro, para, ao fim, chegar-se a interesses convergentes, concessões recíprocas e à formalização do acordo. No entanto, como visto, tal procedimento é limitado, não podendo ser aplicado àqueles casos onde o diálogo e o acordo se revelarem improváveis e onde prevalece o desrespeito entre as partes. Assim, recomendou-se a mediação somente àquelas situações em que a síndrome de alienação parental ainda é branda e os seus atos são moderados, revelando baixo teor conflitual.

Para os casos mais graves de alienação parental, ou seja, quando a síndrome já se encontra em estágios avançados e os atos realizados são nefastos, como a campanha denegritória da imagem do alienado e a implantação de falsas memórias, revelando alta carga de litigiosidade, é necessário métodos mais eficazes, que investiguem a fundo e sejam capazes de sanar os conflitos reais. Neste intuito, apontou-se a Justiça Restaurativa como proposta de solução, através da criação de uma equipe interdisciplinar, presidida pelo magistrado, que possa, através de estudos, pesquisas, entrevistas, avaliações, reuniões e pareceres, tratar dos problemas psicológicos, emocionais e psiquiátricos de cada envolvido, reconstruindo a harmonia e a confiança perdidas e sanando o conflito como um todo. Desse modo, a partir dos laudos de cada profissional, jurídico ou não, o juiz terá subsídios para aplicar a solução legal mais adequada ao caso.

Realizado todo este procedimento e findo o litígio, rompe-se o círculo vicioso com a extinção das verdadeiras causas do problema. Somente então a guarda compartilhada, como resultado físico deste processo, agora em ambiente sereno e pacificado, pode ser eventualmente aplicada e produzir os resultados dela

esperados: a reaproximação entre genitor alienado e prole e o restabelecimento do afeto.

A família amargou longos séculos presa em um modelo rígido, patriarcal, sacralizado, matrimonializado, até chegar aos moldes fluidos da atualidade, onde a base do relacionamento entre os seus membros reside no afeto. Em nome da afetividade, portanto, é que foi garantida proteção constitucional a modelos de família antes marginalizados, conferindo legitimidade e dignidade a cada um deles. No terreno da alienação parental, esta proteção à família e ao melhor interesse do menor não pode ser levada a cabo quando esforços são economizados para o tratamento do problema. Desse modo, a Justiça Restaurativa se impõe como solução não jurídica a uma seara onde o Direito não adentra, ou seja, à mente humana, para extirpar o conflito entre genitores e os efeitos deletérios da alienação à prole, proporcionando desenvolvimento digno aos filhos do divórcio e à família.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Marcela Maria Pereira. União homoafetiva. In: CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

AMARAL, Paulo André. **Guarda compartilhada, igualdade de gênero e Justiça no Brasil**. Uma interpretação da Lei. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/911/Guarda+Compartilhada%2C+igualdade+da+G%C3%A9nero+Justi%C3%A7a+no+Brasil.+Uma+interpreta%C3%A7%C3%A3o+da+lei>. Acesso em: 4 jun. 2014.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **Sobre a mediação familiar**. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/515/Sobre+a+media%C3%A7%C3%A3o+familiar>. Acesso em: 01 jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010. Disponível em: http://www.luistrobertobarroso.com.br/?page_id-39. Acesso em: 7 mai. 2014.

_____. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. 2006. Disponível em: <http://luistrobertobarroso.com.br/?page-id-39>. Acesso em: 6 mai. 2014.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa**: um desafio à práxis jurídica. Campinas: Servanda Editora, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17 mai. 2014.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **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, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 9 mai. 2014.

_____. **Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm>. Acesso em: 31 mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1251000/MG.** 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 23 ago. 2011. Publicado em: 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1251000&&b=ACOR&p=true&+=&l=lo&i=2>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **APC 2009011092908-2/DF.** Relator: Angelo Canducci Passareli. Julgado em 20 nov. 2013. Publicado em: 25 nov. 2013. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APC 70059147280/RS.** Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 7ª Câmara Cível. Julgado em 16 abr. 2014. Publicado em: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70059147280&+b>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70057654287.** Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 13 mar. 2014. Publicado em: 17 mar. 2014. Disponível em: <<http://http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114091545/agravo-de-instrumento-ai-70057654287-rs>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 644.534.4/9.** Relator: Caetano Lagastra. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <<http://filhoalienado.blogspot.com.br/2013/04/jurisprudencia=guarda-compartilhada.html>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

BREITTMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar:** uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHAVES, Maria Cláudia. **Guarda Compartilhada** – pequenos apontamentos. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/602/Guarda+Compartilhada+%2Gmdash%3B+Pequenos+Apontamentos>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

COMEL, Denise Damo. **Guarda Compartilhada não é solução salomônica.** 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/422/Guarda+Compartilhada+n+%C3%A3o+%C3%A9+soluc%C3%A7%C3%A3o+salom%C3%B4nica>>. Acesso em 04 jun. 2014.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Guarda Compartilhada ou Conjunta:** fere a autonomia dos pais e relega o interesse do menor. 2008. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/426/Guarda+Compartilhada+Conjunta+3A+Fere+a+autonomia+dos+pais+e+relega+p+interesse+do+menor>>. Acesso em: 04 jun 2014. DIAS, Maria Berenice. **A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas**. 2012.

Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index/.php?cont-12-id-2267>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

_____. **Emenda Constitucional 66/2010: e Agora?**. Editora Magister. Porto Alegre, 2010b.

Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id-785>. Acesso em: 9 mai. 2014.

_____. **Filho da mãe**. 2008b.

Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2__filho_da_m%E3e.pdf>. Acesso em 19 mai. 2014.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Os princípios da lealdade e da confiança na família**. 2010a. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/direito-das-familias.dept>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

_____. **Poliafetividade, alguém duvida que existe?**. 2013. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/poliafetividade.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

_____. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. 2008a. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/mariaberenicedias>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.

DOLTO, Françoise. Quand les parents se séparent. Paris, 1988. Apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Escala, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. 2006. Disponível em: <<http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais do direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico da Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. 2002. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

GRANJEIRO, Ivonete. **Agressão Conjugal Mútua: Justiça Restaurativa e Lei Maria da Penha**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

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

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAGASTRA NETO, Caetano. **Direito de Família: a família brasileira no final do século XX**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LANGOSKI, Deisemara Turatti; MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rêgo. **Mediação Familiar: a mulher em busca da felicidade**. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/956/Mediacao+familiar%3A+a+mulher+em+busca+da+felicidade+>>. Acesso em 30 mai. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura dos vínculos conjugais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Orgs.). **Repositório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 3.

LÔBO, Paulo. **Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial - artigos 1591 a 1693**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 339, p. 445-456, jan. 2006.

_____. Princípio da solidariedade familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e Solidariedade: teoria e prática de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MADALENO, Rolf. **A lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2009a.

_____. **Alguns apontamentos sobre guarda compartilhada**. 2009b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/539/Alguns+apontamento+sobre+guarda+compartilhada>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. **Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental**. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/877/Guarda+Compartilhada%3A+Um+Caminho+para+Inibir+a+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

PASSOS, Célia. **Mediação: entre o individualismo e a interdependência**. Revista TCMRJ, Rio de Janeiro, n. 40, p. 92-99, jan. 2009.

PODEVYN, François. **Síndrome de Alienação Parental**. Tradução de Apase – Associação de Pais e Mães Separadas. 2001. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

ROSA, Conrado Paulino da. **A alienação parental e a mediação**. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/671/A+alienacao+parental+e+a+mediacao>>. Acesso em: 31 mai. 2014.

_____. **Mediação Familiar: uma nova alternativa?** 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/442/Media%C3%A7%C3%A3o+familiar%3A+uma+nova+alternativa%3F>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2006.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios de Direito da Família brasileira**. 2006. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec-artigos-totalPage-2>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

_____. **O princípio da afetividade no Direito de Família**: breves considerações. Consulex, Brasília, n. 378, ano XVI, p. 28-29, out. 2012.

UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VELLY, Ana Maria Frota. **A síndrome de alienação parental**: uma visão jurídica e psicológica. 2010. Disponível em: <<http://www.vnaa.adv.br/artigos/ibdfam.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A importância da Mediação e da Psicanálise**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/716/A+Importancia+de+mediacao+e+da+Psicanalise+>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

WALLERSTEIN, Judith. Filhos do divórcio. In: COSTA, Gley P.; KATZ, Gildo (org.). **Dinâmica das relações conjugais**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.