

GUARDA COMPARTILHADA, REGIME DE CONVÍVIO E ALIMENTOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Carlos E. Elias de Oliveira

Professor de Direito Civil, Notarial e de Registros Públicos na Universidade de Brasília – UnB –, no IDP/DF, na Fundação Escola Superior do MPDFT - FESMPDFT, no EBD-SP, na Atame do DF e de GO e em outras instituições. Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil (único aprovado no concurso de 2012), Advogado, ex-Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ. Doutorando, mestre e bacharel em Direito pela UnB (1º lugar no vestibular de 1º/2002).
Instagram: @profcarloselias e @direitoprivadoestrangeiro
E-mail: carloseliasdeoliveira@yahoo.com.br

Brasília/DF, 25 de fevereiro de 2021

EMENTA

1. Trata-se de artigo escorado em diversos psicólogos sociais, na doutrina e na jurisprudência.
2. A prática forense segue adotando um modelo de guarda unilateral, ainda que disfarçada de guarda compartilhada. Os pais acabam se transformando em meros “bancos”, “visitantes forasteiros” e “fiscais”, e os filhos acabam sendo marcados indelevelmente com a sensação de “semi-orfandade”.
3. Na prática forense, há, entre outras, três principais táticas desonestas de obtenção de vantagem em disputas de guarda, de alimentos e de partilha de bens: a tática da malversação da Lei Maria da Penha, a tática da propositura de ação de alimentos e de guarda com base em fatos distorcidos e a tática da imputação falsa de crimes sexuais. É difícil desmascará-las na praxe forense (**capítulo 2**).
4. A guarda compartilhada envolve uma repartição dos deveres patrimoniais e extrapatrimoniais dos pais em relação ao filho menor, e não uma mera divisão igualitária do tempo de convívio (**capítulos 3.1.1. e 3.1.5.**).

5. O exercício direto desses deveres por ambos os pais promove uma proximidade afetiva, o que é salutar para o bem-estar do filho (**capítulo 3.1.2**).

6. O legislador escolheu, entre as duas principais perspectivas existentes na Psicologia Social, a visão contemporânea, que prestigia a guarda compartilhada e que rejeita argumentos contrários à divisão igualitária do tempo de convívio e ao exercício direto dos deveres patrimoniais e extrapatrimoniais por ambos os pais. Esse modelo é o mais próximo que se pode obter de uma situação de um filho de pais que vivem sob o mesmo teto (**capítulos 3.1.3. e 3.1.4.**)

7. A guarda compartilhada só não deve ser aplicada em duas únicas hipóteses: recusa de um dos genitores ou existência de motivos graves. Mero dissenso entre os pais não é “motivo grave” para tal efeito (**capítulo 3.1.6.**).

8. Na guarda compartilhada, a divisão do período de convívio deve ser, ao máximo, igualitária, com direito de pernoite, especialmente nas hipóteses de crianças de tenra idade, desde que estas já tenham desmamado (**capítulo 3.1.7.**).

9. Na guarda compartilhada, a regra geral é que o dever de sustento de ambos os pais deve ser por meio da cogestão patrimonial (alimentos *in natura*), fruto de uma divisão de atribuições de acordo com o binômio necessidade-possibilidade. O cabimento de alimentos (pecuniários) é excepcional, reservado a duas hipóteses: indisponibilidade de um genitor a exercer diretamente seu dever patrimonial ou inaptidão financeira do outro genitor. Neste último caso, os alimentos (pecuniários) devem se restringir às despesas do filho durante o período de convívio com o genitor desafortunado, observado que este também tem dever de custear parte dessas despesas ainda que parcialmente (**capítulo 3.1.8**).

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, buscaremos tratar do assunto em pauta com esse enfoque prático para, ao final, expor o caminho que – a nosso sentir – é o sinalizado pela legislação. Enfrentaremos basicamente as seguintes questões: (1) quais são as censuráveis artimanhas processuais mais utilizadas em disputas de guarda e alimentos de filhos?; (2) qual é o regime de guarda mais adequado à luz da legislação levando em conta as visões existentes na Psicologia Social; (3) como deve ficar a divisão do período de convívio no regime da guarda compartilhada?; e (4) o dever de sustento deve ser operacionalizada por meio de cogestão patrimonial (alimentos *in natura*) ou de pensão alimentícia na guarda compartilhada?

Apoiamo-nos aqui em estudos empíricos que já foram feitos por psicólogos e juristas, além da experiência adquirida nos Tribunais, na doutrina e no cotidiano. Chamamos a atenção, por exemplo, de artigos do Médico Psiquiátrica David Zimmerman

(2009), da Professora de Psicologia da UERJ Leila Brito (2007), da Professora de Psicologia da Universidade Nove de Julho Camila Miyagui (2018), das Psicólogas Maria Cristina Vianna Goulart e Morgana Valadares Oliveira (2017), da Psicóloga Luciana Lemos (2016), da Psicóloga Natália Tsunemi Negrão em conjunto com a Professora de Psicologia da UFSC Andréia Isabel Giacomozzi (2015), além do artigo da Assistente Social Judiciária aposentada do TJSP Genecy Duarte com as Psicólogas Judiciais do TJSP Adriana Ferreira, Ana Roberta P. Montanher, Fernanda Mariano e Sandra Felipe (2018).

De fato, um contato com o cotidiano nas varas de Família demonstra que, apesar da insistência legislativa e doutrinária em contrário, a prática em grande parte dos casos continua sendo a mesma: o pai se transforma apenas em um simples “banco”, um “fiscal” e um “esporádico visitante” do filho menor.

Nesses casos – que costuma ser a maioria –, a criança cria maior afinidade afetiva com a babá, com uma amiga da mãe ou com os parentes maternos do que com o próprio pai, pois este sequer é autorizado a ter contato com o filho durante o período em que a mãe está trabalhando.

Aliás, em muitos casos, por conta do fato de a mãe ter de sair para trabalhar durante o dia, a criança acaba tendo uma vida isolada e fica com pouquíssimo contato com a mãe. Quando ela sai para trabalhar cedo, o filho está dormindo e, quando ela retorna de todas as suas atividades, o pequeno já está na iminência de ir dormir. Esse distanciamento físico entre eles, por conta da rotina da mãe, lembra os desencontros narrados na música “Ela é Bailarina”, de cuja letra extrai-se este excerto:

O nosso amor **é tão bom**
O horário é que nunca combina

Eu sou funcionário
Ela é bailarina
Quando pego o ponto
Ela termina

Ou: quando abro o guichê
É quando ela abaixa a cortina
(...)
Quando eu caio morto
Ela empina
Ou quando tchum no colchão
É quando ela tchan no cenário”

Na metáfora de Chico Buarque, o amor da mãe é “tão bom”, mas “o horário é que nunca combina”.

O pior é que, por ordem judicial, o pai sequer pode se aproximar do filho durante esses períodos, pois ele, por ordem judicial, não passa de um “forasteiro visitante” ou de um *Sunday dad* (pai de domingo). Isso tudo ocorre a pretexto da fixação de uma guarda compartilhada, que, apesar do nome, disfarça uma guarda unilateral.

Os traumas daí decorrentes no filho são indelévels, do que dá nota o seguinte relato, coletado pela Professora de Psicologia da UERJ Leila Brito (2007):

De acordo com as estatísticas nacionais, foi grande o percentual dos entrevistados que permaneceu residindo com a mãe após o rompimento conjugal (83,3%). Alguns ressaltaram, inclusive, que a rotina não sofreu alteração, pois continuaram a morar na mesma casa. **Destacaram, em uníssono, o afastamento do pai como a maior consequência da separação, afastamento do qual se ressentiam constantemente, devido ao aspecto emocional, e, por vezes, físico.** "A gente se via esporadicamente por uns 10 ou 15 minutinhos. Um contato muito superficial mesmo. Numa questão de acompanhamento e presença, foi muito insignificante. Classificaria como ruim", disse uma moça de 28 anos, com pais separados há 17 anos” (S. 5).

A propósito, com a vasta experiência de compor equipe multidisciplinares em processos judiciais, a Assistente Social Judiciária aposentada do TJSP Genecy Duarte e as Psicólogas Judiciais do TJSP Adriana Ferreira, Ana Roberta P. Montanher, Fernanda Mariano e Sandra Felipe realizarem riquíssimo estudo criticando a prevalência, na prática, de um modelo de exclusão do pai em relação ao filho. Seu vasto estudo pode ser assim resumido:

A legislação brasileira instituiu mecanismos de estímulo à guarda compartilhada na última década; **contudo, o exercício da guarda unilateral prevalece.** O presente trabalho teve o intuito de analisar estudos empíricos acerca dos possíveis benefícios e prejuízos desta modalidade de guarda, por meio de pesquisa bibliográfica, para maior esclarecimento do tema. A maioria destes estudos mostra que o contato estreito (de um terço a metade do tempo da criança) com ambos os genitores ao longo do desenvolvimento melhora não somente o bem-estar, o desempenho acadêmico e a saúde física e emocional dos filhos, como também a relação pai-filho. Além da quantidade de tempo, a ocorrência de pernoites também se mostrou relevante, possibilitando maior qualidade na interação. **Evidencia-se a necessidade de superar a hierarquização dos papéis parentais na definição da guarda dos filhos e a noção de que seria nociva a permanência do filho em dois lares em proporções de tempo semelhantes.**

2. ALGUNS RELATOS DA PRÁTICA: CASOS DE GANGSTERISMOS PROCESSUAIS

2.1. NOÇÃO GERAL

Um convívio com a prática no Direito de Família descortina diversos *modus operandi* dos profissionais de Direito e das partes, notadamente quando envolve discussão de guarda e alimentos de criança e adolescente.

De um lado, há posturas que merecem aplausos, como aquelas que negam qualquer tipo de mentira, de maquiavelismo e de distorção e que efetivamente buscam o bem-estar do mirim. Geralmente, nesses casos, as partes chegam a um consenso sobre o regime da guarda compartilhada, dividindo igualmente não apenas o período de convívio, mas também as responsabilidades no trato das questões do filho (como tarefas na contratação de escolas, de profissionais, de cursos etc.). Quando, porém, não há consenso, o juiz, pelo menos, decidirá com base em um cenário fático honestamente desenhado por ambas as partes.

De outro lado, há atuações maquiavélicas das partes, que, a qualquer custo, querem excluir o outro do convívio com o filho, obter o monopólio no cuidado das questões patrimoniais e extrapatrimoniais do filho e conseguir transformar o outro em um mero “banco”, “fiscal” e – quiçá – “visitante”.

Infelizmente, esse último *modus operandi* grassa na prática forense, mas raramente é desmascarado pelo fato de que o Judiciário decide com base na “verdade formal” (aquilo que está comprovado nos autos). Só quem atua no cotidiano da prática forense em Direito de Família consegue enxergar esses fatos, embora não consiga documentá-los pelo fato de a “verdade formal” ter prevalecido.

2.2. CASOS DE GANGSTERISMOS PROCESSUAIS

Convém citar alguns exemplos desses gangsterismos processuais familiares. Citaremos aqui apenas três, embora existam outros.

O pior nas táticas que exporemos a seguir é que elas acabam sendo um golpe contra a credibilidade de um movimento absolutamente legítimo: o combate à violência infantil e contra a mulher.

Sabemos que é difícil separar o joio do trigo. O juiz tem uma tarefa extremamente sensível quando se depara com situações complexas como essas.

Feito esse necessário esclarecimento, vamos à análise das táticas.

2.2.1. TÁTICA DA MALVERSAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

O primeiro é o que chamamos de Tática da Malversação da Lei Maria da Penha. Trata-se de um dos mais espúrios e vexatórios comportamentos processuais que existe, mas infelizmente é muito comum na prática. Consiste em uma verdadeira profanação contra um dos maiores monumentos legislativos já conquistados na história, a Lei Maria da Penha. De fato, essa belíssima norma, que nasceu em boa hora para combater a terrível cultura de violência doméstica, é frequentemente desonrada por maquiavélicas partes.

Sem qualquer pudor, é comum um dos genitores, às vezes sob a orientação de um advogado, forçar uma acusação de violência doméstica contra o outro com o objetivo de obter medidas protetivas de afastamento do lar e de alimentos.

Diante de uma denúncia como essa, o juiz, reconhecendo ser difícil para a vítima produzir provas acerca de fatos ocorridos em “quatro paredes” (em um ambiente familiar), tende a dar grande peso às palavras da vítima e, assim, concede as referidas medidas protetivas sem ouvir previamente a outra parte. Isso ocorre com maior frequência quando a vítima é mulher.

Nesse sentido, citamos alguns julgados:

LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Como vem decidindo este Tribunal, em situações similares a do presentes autos, a Lei Maria da Penha, ao dispor sobre as medidas protetivas, **visa justamente à proteção imediata da mulher, parte mais frágil da relação familiar**, possuindo esse caráter preventivo para evitar fique ela desamparada e suscetível aos mais diversos tipos de agressão. Por isso, **são dispensadas provas cabais do quanto alegado pela vítima para conferir-lhe a proteção da lei**; havendo razoabilidade em suas alegações, os elementos de prova serão analisados posteriormente, no decorrer do processo criminal. **DECISÃO: Habeas corpus denegado. Unânime.**” (TJ-RS, HC 70067109785/RS, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, Dje 25/11/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. ANIMOSIDADE DAS PARTES. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA. PROVIDÊNCIA CAUTELAR. POSSIBILIDADE.

1) O Superior Tribunal de Justiça admite a concessão das medidas protetivas instituídas pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) de forma autônoma, revestidas de caráter cautelar, independentemente da existência de processo-crime, para fins de cessação ou acautelamento de violência doméstica contra a mulher.

2) Além das medidas cautelares especificadas no art. 301 do CPC/15, o Juiz poderá adotar medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.

3) Havendo indício de animosidade das partes e relato de violência familiar contra a mulher, defere-se a cautelar, sobretudo porque a providência não trará nenhum prejuízo aos agravados.

4) Recurso provido.

(TJ-MG, AI 10251170041387001/MG, Rel. Des. Marcos Lincoln, DJe 28/11/2018)

Forçado a sair de casa e obrigado a pagar alimentos provisórios ou provisionais, o outro ex-consorte (geralmente o ex-marido ou ex-companheiro) sai em flagrante desvantagem nas discussões decorrentes do divórcio. As medidas protetivas representam aí um retumbante desequilíbrio “na paridade das armas no processo”, como já sublinhou o Desembargador do TJDFT Waldir Leôncio Lopes Júnior¹.

Em relação à guarda do filho, esse ex-consorte sai em flagrante desvantagem, pois, além de estar proibido de se aproximar por conta da medida protetiva de afastamento do lar, a reputação de ser alguém agressivo certamente lhe será um gigante obstáculo para conseguir obter um adequado período de convívio com o filho. No vindouro processo de guarda, depois de alguns meses de tramitação do processo e após um laudo de equipe multidisciplinar, o mais provável é que esse suposto “agressor” só conseguirá algumas visitas supervisionadas por profissionais ou por familiares, sem qualquer pernoite.

No que diz respeito aos alimentos, o ex-cônjuge maquiavélico já terá obtido para si ou para o filho menor uma pensão alimentícia pecuniária do desalojado consorte.

No tocante à partilha dos bens, o ex-consorte maquiavélico terá conseguido, no mínimo, ficar morando “de graça” na casa do casal diante da medida protetiva de afastamento do lar, ao passo que o outro terá tido de despender dinheiro para “arrumar” outro lugar para morar, além de pagar pensão alimentícia.

Nas futuras ações civis de partilha de bens, de alimentos e de guarda, os prognósticos para esse ex-consorte atingido pelas medidas protetivas não são nada

¹ TJ-DF 07164868620198070000 DF 0716486-86.2019.8.07.0000, 3ª Turma Criminal, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, DJe 14/02/2020.

promissores. E, para piorar, ele ainda corre o risco de ser terrivelmente conspurcado por uma condenação criminal por violência doméstica.

A Tática da Malversação da Lei da Maria da Penha é uma das mais odiosas que existe, pois, ao ser descoberta, desmoraliza a legítima luta das mulheres que efetivamente são vítimas de violência doméstica. Por essa razão, entendemos que, quando o juiz descobrir o uso dessa tática por qualquer das partes (o que é muito difícil), cabe-lhe infligir uma exemplar punição, seja pelo registro escrito, seja pela inflição das sanções cabíveis pela litigância de má-fé.

Não se ignora que o Judiciário, em alguns casos, desnuda essa espúria tática, a exemplo destes julgados, um dos quais que censura a tentativa de ruptura da paridade de armas:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECLAMAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. REVOGAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS. PLEITO DE RESTABELECIMENTO. AUSÊNCIA DA MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Nem toda violência cometida contra mulher está albergada pelas normas tutelares da Lei 11.340/2006, cuja aplicação é restrita aos casos em que a mulher é vítima de agressão no âmbito doméstico e familiar.

2. Não há falar em restabelecimento de medidas protetivas quando o desentendimento entre as partes ocorreu em razão de separação conjugal e de cuidados com a filha menor, não em razão de gênero.

3. Inexistente prova de motivação de gênero, mas sim de conflito que envolve separação conjugal e cuidados com a filha menor, **não pode uma das partes se valer de alternativa penal para desequilibrar a paridade de armas no processo, mostrando-se correta a decisão que revogou as medidas protetivas.**

4. Reclamação Criminal julgada improcedente.

(TJ-DF 07164868620198070000 DF 0716486-86.2019.8.07.0000, 3ª Turma Criminal, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, DJe 14/02/2020)

APELAÇÃO CRIMINAL. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO ATUAL OU EMINENTE. O deferimento de medidas protetivas está condicionado à demonstração de sua efetiva urgência, necessidade, preventividade, provisoriedade e instrumentalidade. **Não havendo, no presente caso, nenhum fato que indique risco à integridade física e/ou psicológica da vítima, não há que se falar em imposição de medida protetiva.**

(TJ-MG, APR: 10073120029415001/MG, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, DJe 04/10/2017)

2.2.2. TÁTICA DA PROPOSITURA DE AÇÃO COM BASE EM FATOS DISTORCIDOS

O segundo ato de faroeste processual é ajuizar ação de guarda e de alimentos com base em fatos estrategicamente distorcidos.

Suponha um casal com um filho menor. Ambos os genitores são presentes no cuidado cotidiano do filho, cuidam diretamente das despesas do filho e vivem sob o mesmo teto.

Um dos genitores, para levar vantagem nas discussões decorrentes do fim do relacionamento, troca as chaves da porta da casa enquanto o outro está na rua ou sai de casa com o filho e, em seguida, dá o ataque processual por meio da tática acima.

Alegando astutamente que o outro genitor abandonou o lar ou o filho, o astuto genitor, representando o filho menor, ajuíza ação de alimentos. O juiz provavelmente já deferirá, sem oitiva da outra parte, alimentos provisórios de 20 a 30% do salário do réu.

Contemporaneamente, o ardiloso genitor ajuíza ação de guarda (a qual provavelmente será distribuída para outro juízo, diverso do de alimentos) com base nos mesmos fatos distorcidos. Provavelmente esse genitor obterá vantagem na discussão da guarda, pois, só após vários meses de tramitação processual, com o advento de laudo da equipe do psicossocial, é que o juiz prolatará uma sentença. Na prática, ainda que o juiz fixe uma guarda compartilhada, a tendência é que o outro genitor seja tratado como “visitante”. Nesse meio tempo, a ação de alimentos já terá transitado em julgado.

Pronto! O pai virou um mero “banco”, “fiscal” e “visitante”.

2.2.3. TÁTICA DA IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME SEXUAL

Uma das táticas mais execráveis é a de assacar contra um dos genitores acusações falsas de abuso sexual. Por meio delas, o genitor supostamente abusador será totalmente afastado do convívio com o filho, de modo que ele tenderá a ser apenas um “banco”. Visitas a ele talvez serão deferidas, mas sob o patrulhamento de alguma equipe multidisciplinar ou de terceiros.

É evidente que há acusações verdadeiras, as quais têm de gerar punições exemplares. O problema é quando um dos genitores forja (ou força) espuriamente uma acusação com o objetivo de levar vantagem na disputa de guarda e alimentos do filho.

Sobre isso, as Psicólogas Natalia Negrão e Andréia Giacomozzi fizeram vasto estudo empírico e relatam os seguintes exemplos, *in verbis*:

No caso (...), Luana (3 anos) morava com a mãe e o pai entrou com processo de regulamentação de visitas da filha, pois estava sem ver a criança há sete meses. Nesse caso, além da avaliação psicológica, a magistrada da vara da família também determinou visitas supervisionadas pela psicóloga forense entre pai e filha. Em uma das visitas supervisionadas, além do pai de Luana, os avós paternos dela também estavam presentes. Durante a visita a avó perguntou para a neta quando ela iria visitá-la, e Luana respondeu «porque minha mãe não deixa eu ir lá». Juntamente a isso, a mãe de Luana informou na escola da menina que seu pai não poderia visitá-la pois teria cometido abuso sexual contra a criança.

(...)

Essa categoria ocorreu em três dos casos analisados. Foi observada quando o genitor guardião acusou o genitor não guardião de abusar sexualmente do filho de ambos e aparentemente manipulou a criança para que ela acreditasse que foi realmente abusada.

No caso 1, Luana compareceu na companhia de sua mãe para entrevista psicológica. Antes de iniciar a entrevista com a criança, a mãe de Luana afirmou para a psicóloga: «Pergunta pra ela o que o pai dela fez, se tu perguntar ela vai te falar». Durante a entrevista psicológica individual com a infante, Luana declarou «papai colocou o dedo na minha perereca e machucou». A psicóloga perguntou se ela lembrava deste ocorrido, e Luana proferiu que não. **A profissional questionou se alguém havia solicitado para que ela contasse aquilo, Luana disse que sim, sua mãe lhe havia pedido que contasse. Acrescentou que a mãe tinha prometido uma boneca se ela relatasse tal fato à profissional.**

O caso 7 é de Modificação de Guarda de Luíza (7 anos), sendo o requerente o pai, e a requerida a mãe. Durante o processo, Luíza estava morando com a mãe estando afastada do pai por 3 anos. Em entrevista psicológica com a infante, ela relatou que o pai havia feito «pipi na minha boca e machucou meu bumbum e não quero mais ver ele». Questionada sobre o fato, Luíza dizia que não se lembrava do acontecido, mas que a mãe havia narrado para ela. Investigando com a criança como era sua relação com seu pai, ela se lembrava somente de aspectos positivos.

O professor Flávio Tartuce (2020, p. 591) alerta para o problema do maquiavelismo de um dos genitores em causar alienação parental ou implantação falsa de memória e, para tanto, cita este oportuno excerto da professora Maria Berenice Dias (2007), que faz uma descrição perfeita da triste realidade da prática forense:

A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas.

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação,

desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visita. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o **psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “síndrome de alienação parental”**: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.

Neste jogo de manipulações, **todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual.** A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. **O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido.** Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Esta notícia, comunicada a um pediatra ou a um advogado, desencadeia a pior situação com que pode um profissional defrontar-se. Aflitiva a situação de quem é informado sobre tal fato. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visita e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. **Nem é preciso declinar as sequelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.**

No máximo, são estabelecidas visitas de forma monitorada, na companhia de terceiros, ou no recinto do fórum, lugar que não pode ser mais inadequado. E

tudo em nome da preservação da criança. **Como a intenção da mãe é fazer cessar a convivência, os encontros são boicotados, sendo utilizado todo o tipo de artifícios para que não se concretizem as visitas.**

O mais doloroso – e ocorre quase sempre – é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia. **Talvez, se ele não tivesse manifestado o interesse em estreitar os vínculos de convívio, não estivesse sujeito à falsa imputação da prática de crime que não cometeu.**

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, mister que o juiz tome cautelas redobradas.

Não há outra saída senão buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que se está frente à síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como instrumento para acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Em face da imediata suspensão das visitas ou determinação do monitoramento dos encontros, o sentimento do guardião é de que saiu vitorioso, conseguiu o seu intento: rompeu o vínculo de convívio. Nem atenta ao mal que ocasionou ao filho, aos danos psíquicos que lhe infringiu.

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, pois a lealdade para com um dos pais implica deslealdade para com o outro, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça.

A estas questões devem todos estar mais atentos. Não mais cabe ficar silente diante destas maquiavélicas estratégias que vêm ganhando popularidade e que estão crescendo de forma alarmante.

A falsa denúncia de abuso sexual não pode merecer o beneplácito da Justiça, que, em nome da proteção integral, de forma muitas vezes precipitada ou sem atentar ao que realmente possa ter acontecido, vem rompendo vínculo de convivência tão indispensável ao desenvolvimento saudável e integral de crianças em desenvolvimento.

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.

2.3. PRÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA: UMA SIMPLES GUARDA UNILATERAL

Na grande parte dos processos contenciosos de família, o advento das duas Leis da Guarda Compartilhada não trouxe grandes mudanças práticas, mas apenas argumentativa.

Na prática, um dos genitores – que é o guardião principal (aquele que dá o lar de referência) – ficará incumbido de, sozinho, cuidar das questões patrimoniais e extrapatrimoniais do filho menor (contratação de escolas, cursos etc.), pelo que administrará a pensão alimentícia paga pelo outro. Por outro lado, o outro genitor segue sendo apenas um “banco” (pagando a pensão alimentícia), um “fiscal” (supervisionando distantemente algum tropeço do guardião principal) e um “visitante”. A condição de “visitante”, porém, evoluiu sob o aspecto formal (diante da mudança de nomenclatura: no lugar de falar em “direito de visita”, fala-se em “período de convívio”) e sob o aspecto quantitativo (o período de convívio tende a ser um pouco maior em alguns casos).

A realidade é que a guarda compartilhada tem sido infertilizada pela prática forense e desnaturada em uma disfarçada guarda unilateral. O genitor secundário segue sendo um mero “banco”, “fiscal” e “visitante”, embora sob a pomposa insígnia de cotitular de uma fajuta “guarda compartilhada”.

3. COMO DEVERIA SER?

3.1. GUARDA COMPARTILHADA

3.1.1. DEVERES PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES

Em relação aos deveres dos pais perante o filho menor, há dois grupos: os deveres patrimoniais e os deveres extrapatrimoniais.

Os deveres patrimoniais envolvem a administração de bens do filho menor, a realização e o custeio de contratações de serviços e de produtos necessários ao desenvolvimento do infante. Tal obrigação vai além do mero ato de “dar dinheiro”. Na verdade, implica o dever de participar ativamente na administração dos interesses patrimoniais do filho, celebrando contratos, pagando boletos etc.

Os deveres extrapatrimoniais, a seu turno, alcançam as tarefas necessárias ao bem-estar do filho, desde aquelas relacionadas às necessidades básicas (trocar fraldas, fornecer alimentação etc.) até as incumbidas da boa formação espiritual (dar carinho, brincar, contar histórias dos parentes, passear, dar conselhos etc.).

3.1.2. PROXIMIDADE AFETIVA: UMA VIA DE MÃO DUPLA

Os deveres patrimoniais e extrapatrimoniais andam em conjunto e, quando exercidos por ambos os genitores, geram uma maior proximidade afetiva.

A proximidade afetiva é uma via de mão dupla.

De um lado, o genitor que despende o seu tempo, os seus recursos e o seu talento para ir em busca de “bons contratos” para a aquisição de serviços e de produtos necessários ao seu filho (“deveres patrimoniais”) e para exercer as atividades imateriais do filho (“deveres extrapatrimoniais”) aprende mais a valorizá-lo. O genitor se aproxima afetivamente do filho quando exerce pessoalmente os seus deveres patrimoniais.

É inegável que a proximidade afetiva de uma criança é maior em relação a um pai que vai na escola para fechar o contrato educacional, que leva o filho para ver um jogo do Flamengo, que providencia o almoço, que faz brincadeiras pueris, que assiste a filmes “coladinho” com o filho, que censura comportamentos errados, que dá conselhos e que lhe conta histórias de ninar para fazer o seu pequeno adormecer.

Igualmente é maior a proximidade afetiva do infante em relação a uma mãe que faz essas mesmas coisas.

Uma criança cercada de pais próximos tende a ser uma pessoa mais estável, equilibrada e feliz.

Estreitar essa proximidade afetiva tem de ser a mais importante meta do Direito, pois isso é uma das principais formas de concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1.3. O PROBLEMA DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES PELOS PAIS APÓS A SEPARAÇÃO

Quando os pais vivem juntos em matrimônio ou em união estável, não há restrições jurídicas ao acesso entre a criança e os pais. A construção do vínculo afetivo

ocorre naturalmente, ainda que com as imperfeições próprias de qualquer obra humana. Não importa se os pais são ou não perfeitos. O que importa é que são pais. A exceção corre à conta apenas de situações gravíssimas, como a de genitores viciados ou violentos.

Com a separação dos pais, o Judiciário é chamado a regular as atribuições de ambos os genitores em relação aos filhos. E, nessa faina, o correto seria que, na relação parental (pais com filhos), o Judiciário procurasse manter, no que couber, “tudo como dantes no quartel de Abrantes”. O desafio nem sempre é fácil, mas essa tem de ser a meta, pois, como ensina uma das maiores autoridades em Direito de Família – a professora Giselda Hironaka –, citada por outra sumidade – a professora Suzana Borges Viegas –, “a falta de ‘conjugalidade’ não pode prejudicar ou aluir a ‘parentalidade’”².

3.1.4. DUAS LEIS DA GUARDA COMPARTILHADA: A INSISTÊNCIA DE UM LEGISLADOR EM REJEITAR A VISÃO ARCAICA DA PSICOLOGIA SOCIAL

No âmbito da Psicologia Social, de uma forma simplificada, há duas principais visões acerca do regime de cuidado a que deve ser submetido uma criança filha de pais separados, tudo partindo da premissa de que estamos diante de dois genitores condizentes com o padrão do *homo medius*.

Uma é a visão arcaica. Ela gira em torno de concentrar os deveres patrimoniais e extrapatrimoniais tudo nas mãos das mães, deixando ao pai apenas uma parcela bem limitada desses deveres: a de pagar alimentos (como se fosse um mero “banco”), a de visitar a criança quinzenalmente (como se fosse um simples “visitante”) e a de exercer uma frouxa fiscalização (como se fosse um simples “fiscal”).

Nesses casos, a criança conviverá majoritariamente com a mãe, a babá ou os familiares maternos, de modo que o pai e os parentes paternos se transformarão em verdadeiros forasteiros. Os impactos contra a criança são lancinantes, como dá nota o Médico Psiquiatra David Zimmerman:

Na guarda única – que, de longe, foi vigente durante décadas -, a guarda dos filhos pequenos ou adolescentes cabia, virtualmente sempre, com o beneplácito jurídico, à figura da mãe, **de modo que o pai ficava resignado a se comportar como uma espécie de visitante dos filhos**, quase sempre nos finais de semana, ou **a ficar com o papel único de mero provedor das necessidades materiais**. Entre outras desvantagens, acontecia (e ainda acontece na atualidade) que a

² *apud* LIMA, 2009.

própria visita do pai obedecia às regras ditadas pela mãe, guardiã, de modo que não era raro que o pai, no dia da visita, tivesse que comunicar por telefone que já estava perto da casa em que o filho morava, e a mãe, diante de uma prévia autorização do juiz, permitia que a criança, acompanhada da babá, viesse até o portão e, não raras vezes, o pai, num determinado horário e espaço de tempo, por meio das grades do portão, falava um pouco com o seu filho ou lhe trazia um presentinho e ... ficava nisso, mesmo que a criança caísse numa intensa crise de choro na despedida.³

A outra é visão moderna. Ela contesta essa suposta hierarquização de papéis entre os genitores e estabelece que, na verdade, ambos os pais têm de, pessoalmente, exercer os deveres patrimoniais e extrapatrimoniais de forma direta. Ambos têm de ir “à rua” resolver questões contratuais do filho, têm de cuidar das necessidades básicas dele, têm de lhe dispensar carinho etc.

O legislador se posicionou sobre isso, de modo que essa questão da Psicologia Social tornou-se, na verdade, jurídica.

Antes da primeira lei da guarda compartilhada, a primeira visão imperava no mundo jurídico. A legislação, pela sua falta de clareza, dava espaço a tanto. O modelo antigo de sociedade, de índole patriarcal, em que a mãe geralmente ficava presa às tarefas domésticas e o pai era o provedor, contribuía para tanto. A visão arcaica da Psicologia Social tinha conforto normativo.

O legislador, porém, foi taxativo em mudar isso. Ele foi expresso em rejeitar essa visão arcaica. Ele, com uma clareza inegável, passou a dar força normativa à visão moderna. O problema é que a praxe forense demonstrou grande resistência a mudar, talvez pela força do hábito: “o uso do cachimbo entorta a boca”, diz a sabedoria popular.

Em 2008, nasceu a Lei de Guarda Compartilhada (a Lei nº 11.698/2008), que pretendia instituir a guarda compartilhada como a regra. Todavia, a aplicação dessa lei acabou tomando um rumo indesejado pelo legislador, pois parte da doutrina e da jurisprudência acabava impondo vários obstáculos, seja negando o regime da guarda compartilhada quando houvesse desavença entre os pais, seja escamoteando uma “guarda unilateral” dentro da roupagem falsa e ilusória de uma “guarda compartilhada.

³ ZIMMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In.: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 104.

Diante da injustificada resistência dos operadores do Direito, o legislador, então, reagiu, pois considerou que a subsistência da visão arcaica da Psicologia Social era extremamente nociva ao filho.

Realmente, uma criança que somente vê seu pai ou sua mãe em fins de semana quinzenalmente intercalados ao longo de 18 anos **não criará** a necessária afetividade com esse genitor distante. Sentir-se-á, por vezes, até “sem graça” de externar afetos a esse genitor e aos demais familiares (avós, primos etc.). Dificilmente um filho desse terá liberdade para contar confidências a esse “forasteiro visitante”, para ficar em liberdade na casa deste ou para se inspirar na sua vida.

Deveras, a guarda compartilhada é bem mais vantajosa para o filho, que, ao ter maior tempo de convívio com cada um dos pais, não terá a imagem de um deles como uma pessoa distante que serve apenas como provedor. Esse regime de guarda combate o nefasto sentimento de semi-orfandade.

Quando adulto, o filho não terá “vergonha” ou “falta de jeito” para se aproximar de nenhum dos genitores nem de seus avós e demais parentes, pois terá, ao longo de sua infância e adolescência, mantido convívio equilibrado com todos eles. Não lhe acometerá facilmente nenhuma crise de identidade, pois seus valores pessoais terão sido costurados com linhas de ambas as famílias, a paterna e a materna.

A via adotada pelo legislador para contra-atacar, de vez, esse descarrilamento hermenêutico por parte de vários operadores do Direito foi a edição da Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.048/2015), fruto do êxito do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 117/2013.

O episódio legislativo aí é pitoresco. Estamos diante de uma hipótese em que o legislador, diante do boicote hermenêutico de vários operadores do Direito, viu-se forçado a editar uma nova lei para ratificar, com palavras mais diretas, uma lei anterior. Temos, pois, duas Leis da Guarda Compartilhada como fruto da insistência do legislador em bradar que a visão arcaica da Psicologia Social tem de se tornar apenas uma lembrança daquilo que se foi sem deixar saudades.

Por esclarecedor, transcreva-se o que o próprio legislador, por meio do Parecer nº 920/2014 – CAS⁴, no âmbito do Senado Federal, externou quanto ao objetivo dessa Nova Lei da Guarda Compartilhada, *in litteris*:

O maior mérito do projeto [do projeto de lei que gerou a Nova Lei da Guarda Compartilhada] é o de reparar a intenção do legislador de fortalecer o instituto da guarda compartilhada. Acerta o autor [o Senador que apresentou o projeto de lei] ao interpretar a guarda compartilhada como solução para os casos de desinteligência entre os ex-cônjuges, **não se devendo evitar seu uso quando houver discórdia**. Ao contrário, trata-se de obrigar a sua aplicação, e o meio encontrado para isso [a edição de uma nova lei] é o adequado.

Conforme o autor, a existência de acordo ou de bom relacionamento entre os genitores não pode ser critério condicionante para a instituição da guarda compartilhada. **Mesmo porque um cônjuge conflitivo poderia valer-se da situação para impedir a aplicação da guarda compartilhada, que é, na maioria das vezes, o instituto que melhor atende aos interesses dos filhos.**

Avaliamos a proposição como uma medida que tem o condão de não permitir que crianças e adolescentes tornem-se meios de luta no conflito entre os genitores.

Inobstante seus méritos, o PLC nº 117, de 2003, receberia bem uma emenda de redação, de modo a substituir a expressão “custódia física” por “convivência”, para dar-lhe mais compatibilidade com os códigos morais de nosso tempo.

A própria ementa da Nova Lei da Guarda Compartilhada deixa bem clara o novo guia interpretativo a ser utilizado nas causas envolvendo guarda:

Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para **estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.**

Nova lei, nova hermenêutica!

O problema é que, ainda hoje, há diversos operadores do Direito que – coração e mente empedernidos –, negam a clara vontade do legislador. E o fazem de duas maneiras.

A primeira é esconder uma “guarda unilateral” debaixo da etiqueta falsa de “guarda compartilhada”. Esse “fake news” forense ocorre quando o Judiciário, embora alardeie estar aplicando o regime da guarda compartilhada, estipula uma distribuição de tarefas que, na prática, continua transformando um dos genitores (geralmente o pai) em um mero “banco”, “visitante” e “fiscal”.

⁴ Esse parecer, que analisou o projeto de lei que gerou a Nova Lei da Guarda Compartilhada (ou seja, o PLC 117/2013) foi elaborado no âmbito da Comissão de Assuntos Sociais (CAS) e recebeu a aprovação dessa Comissão e do Plenário do Senado Federal. A propósito, pode-se acessar o inteiro teor do parecer e do histórico de tramitação da proposição legislativa no site do Senado Federal. Confira-se este link:

- http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115668.

O pai fica obrigado a pagar uma pensão alimentícia para a mãe, sozinha, desempenhar os deveres patrimoniais (como contratar os serviços e produtos) do filho.

O pai fica autorizado a “visitar” (ainda que com o nome de “conviver”) a filha periodicamente. Quando muito, há decisões judiciais que aumentam esse período de “visita”, concedendo dois a três dias de convívio com o pai, como se a guarda compartilhada se restringisse a tempo de convívio.

Nessas hipóteses, a mãe, que nem sempre é uma “dona de casa”, sai para trabalhar e deixa o filho com uma babá ou com um familiar materno (como a avó materna). O pai, de modo algum, pode se aproximar do filho nesses períodos, pois o seu tempo de convívio com o filho é militarmente cronometrado. Isso acaba gerando uma verdadeira “alienação parental” sob as bênçãos do Estado, de modo que a criança criará maior vínculo afetivo com a babá ou com os familiares maternos do que com o pai ou com os familiares paternos.

A segunda maneira de resistência à vontade do legislador é a criação de restrições jurídicas jamais previstas em lei. Uma delas dizia respeito à existência de ambiente belicoso entre os pais. Entendia-se que a guarda compartilhada só seria aplicável quando os pais tivessem um ambiente amistoso entre si, como se a guarda compartilhada fosse, na verdade, fruto de um negócio jurídico dos pais! O Tribunal da Cidadania (o STJ), todavia, mesmo antes da nova Lei da Guarda Compartilhada, passou a censurar esse entendimento, conforme este julgado (iluminamos):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

(...)

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. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. **A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.**

11. Recurso especial não provido.

(REsp 1251000/MG, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 31/08/2011)

Desse julgado, extrai-se o seguinte excerto, que dispara certos ataques à guarda unilateral (iluminamos):

“A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, teve como consequência mais visível o fenômeno denominado Sunday dads – pais de domingo.

Nessa circunstância, o **genitor que não detém a guarda – usualmente o pai – tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação.**

Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo.

Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio – visita – demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda.”

Em outro julgado (REsp 1428596/RS, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 25/06/2014), que se escorou no entendimento lançado no precedente acima, o STJ condenou energicamente o emprego da guarda unilateral em um caso em que, embora ambos os pais vivessem no mesmo município, o filho, com 6 anos de idade, somente convivia com o pai em fins de semana alternados e no período compreendido entre 17 horas das quartas-feiras e 13 horas de quintas-feiras. Traga-se a lume este importante excerto do voto da Ministra Nancy Andrighi no aludido julgado:

“(…) 02. Atualmente, o pai tem o direito de apanhar o filho aos finais de semana, alternadamente, desde sexta feira, às 17 h no colégio, devolvendo à residência materna no domingo às 20h e, uma vez por semana – às quartas-feiras –, buscar a criança às 17h no colégio e deixá-la no mesmo local, às quintas-feiras, às 13h, alternando-se os genitores no cuidado do filho nos feriados, natal, final de ano, páscoa e aniversário da criança.

(…)

08. Na hipótese, não há elementos que infirmem, de per se, a impossibilidade da incidência da guarda compartilhada, mas, ao revés, vê-se, que os genitores moram em cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul – Bento Gonçalves – fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina do menor, que continuará frequentando, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais **e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores.**

09. O menor é um menino com 06 – seis – anos de idade e o pai, busca estreitar o contato com ele em período sabidamente sensível na formação da personalidade da criança. **Difícil, nessas condições, entender-se e justificar-se a vedação ao pleito, tão somente por negativa materna, mormente quando inúmeras vezes se julga e se reprime a incúria, o abandono e mesmo o mal trato perpetrado por tantos pais.**

10. Como dito anteriormente, é hora de se começar o influxo nessa postura menos comprometida com os interesses do menor e mas ligada à comodidade de todos os envolvidos, menos a criança – principal agredido pela guarda singular – e o genitor que quer estar mais tempo ao lado de seu filho, contribuir, ajudar e acompanhar o crescimento de sua prole.

11. Albergar, de outra banda, os interesses manifestamente egoístas do ascendente que exige a guarda singular da prole, é negar o direito do menor.

(…)

14. Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, reformando o acórdão, considerar possível a implementação da guarda compartilhada, mesmo na ausência de consenso entre os pais, para determinar nova manifestação do Tribunal de origem, porque superado o pré-requisito fixado, de necessário consenso dos genitores, razão pela qual deverá ser produzida exaustiva avaliação técnica e estudos psicossociais necessários para determinar a possibilidade, fórmulas e procedimentos necessários à guarda compartilhada do menor.”

O fato é que, apesar dessas decisões, a prática forense ainda hoje segue resistindo à vontade do legislador, dando sobrevida à visão arcaica da Psicologia Social.

3.1.5. O QUE É A GUARDA COMPARTILHADA?

A guarda compartilhada não é apenas uma repartição igualitária do período de convívio! É o regime em razão do qual ambos os genitores continuam a exercer, de forma direta, tanto os seus deveres patrimoniais quanto os seus deveres extrapatrimoniais.

Na guarda compartilhada, ambos os genitores exercem concomitantemente todos os poderes inerentes ao poder familiar, com as limitações naturais da falta de coabitação. Desse modo, ambos os genitores podem ir à reunião de pais na escola do filho, podem arcar diretamente com o pagamento de determinadas despesas dos filhos etc.

Nesse regime de guarda, ambos os genitores exercem “uma verdadeira **cogestão** na autoridade parental, segundo Rolf Madaleno, para que os filhos não percam suas referências; ou uma **pluralização de responsabilidades**, para Maria Berenice, o que funciona como freio a uma guarda individual nociva”⁵ (*iluminamos*).

É, portanto, absolutamente incompatível com a guarda compartilhada concentrar todas as tarefas patrimoniais e extrapatrimoniais apenas nas mãos de um dos genitores, transformando o outro em um mero “banco”, “visitante” e “fiscal”.

3.1.6. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA

À luz do CC, redesenhado pelas duas leis da guarda compartilhada, a guarda compartilhada sempre deve ser adotada, salvo em dois casos bem (bem mesmo!) excepcionálíssimos, a saber:

- a) declaração expressa de um dos pais perante o juiz no sentido de não desejar a guarda compartilhada (art. 1.584, § 2º, CC⁶); e

⁵ COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 3.

⁶ Art. 1.584, § 2º, CC: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

b) existência de “motivos graves” (interpretação sistemática dos arts. 1.584, § 5º, e 1.586, CC⁷).

Fora dessas duas situações, a guarda deve ser compartilhada.

Situação de desavença e de inimizade entre os pais (problemas de conjugalidade) não se enquadra como “motivos graves”, pois o direito do filho em cultivar a parentalidade excede a qualquer “meninice” dos seus pais. Isso é extraído, com clareza, não apenas dos novos textos trazidos por esse novel diploma, mas também do motivo principal que inspirou o legislador a confeccionar essa lei.

Para o nosso ordenamento, o tempo de convívio do filho com os pais é sagrado. Rixas ou comportamentos nada amistosos entre os pais não podem abalá-lo. Uma das maiores evidências disso é a de que a Nova Lei da Guarda Compartilhada, para deixar claro que o tempo de convívio do filho com cada um dos pais é intangível, suprimiu a parte final do § 4º do art. 1.584 do CC, parte essa que **destacamos no texto abaixo**:

Art. 1.584, § 4º, CC: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor, ~~inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.~~”

Tempo de convivência com os pais não é negociável! É direito indisponível dos filhos! Não pode ser objeto de coação. Foi isso que o legislador deixou bem claro.

3.1.7. DIVISÃO DO PERÍODO DE CONVÍVIO NA GUARDA COMPARTILHADA

No regime da guarda compartilhada, a divisão do período de convívio entre os pais deve, ao máximo, ser igualitária, com direito a pernoite para ambos os pais. Se os pais mantêm animosidade entre si, o juiz deve evitar o contato entre eles, estabelecendo, por exemplo, a escola como ponto de referência para a busca ou a entrega da criança.

⁷ Art. 1.584, § 5º, CC: “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”.

Art. 1.586, CC: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.”

Deve-se também, sempre que possível, deixar um canal de comunicação aberto entre filho e genitores, seja por meio do celular, seja por meio de videoconferências etc. Não se deve tolher essa forma de comunicação constante, ressalvados, evidentemente, casos de abusos.

Isso tem de acontecer mesmo quando se tratar de criança em tenra idade, de um, dois ou três anos, desde que ela já tenha desmamado. O convívio físico e estreito com o pai e com a mãe, inclusive com pernoite, é extremamente salutar para a criança. Dormir na casa dos pais, ao cheiro do amor paterno e materno, é uma das maiores experiências de proximidade afetiva que há.

Não se pode negar esse direito ao pai, ao argumento de que a criança precisa estar apenas em um local fixo todas as noites, seja porque esse não é o critério do legislador, seja porque é extremamente comum crianças de tenra idade dormirem na casa de avós ou de familiares, seja porque há crianças de tenra idade que só vivem com o pai.

De mais a mais, se algum prejuízo há para a criança de tenra idade em pernoitar em uma casa diferente, o fato é que esse é infinitamente inferior se comparado com o prejuízo causado pelo distanciamento afetivo que a falta desse pernoite causaria ao pai.

3.1.8. DEVER DE SUSTENTO: ALIMENTOS *IN NATURA* (COGESTÃO PATRIMONIAL) OU ALIMENTOS PECUNIÁRIOS?

O dever de sustento⁸ que os pais têm em relação ao filho pode ocorrer de duas maneiras: por meio dos alimentos *in natura* (também chamados de “cogestão patrimonial”) ou de alimentos pecuniários (que são os alimentos propriamente ditos).

A questão é definir como esse dever de sustento tem de ser operacionalizado em um regime de guarda compartilhada.

Na guarda compartilhada, a regra geral é que os alimentos têm de ser *in natura*, ou seja, a regra geral é a cogestão patrimonial do filho. Cabe ao juiz, diante do binômio necessidade-possibilidade, dividir as atribuições patrimoniais entre os pais, estipulando quem firmará e pagará a mensalidade escolar, quem custeará o plano de saúde, quem cuidará dos contratos de cursos etc. Em suma, calcula-se a “necessidade” do filho e reparte-se o ônus de prover diretamente as obrigações entre os cogestores (*rectius*, os dois

⁸ Arts. 1.566, IV, 1.590 e 1.694 do CC.

guardiões) na proporção das respectivas “possibilidades”. Essa é a leitura dos arts. 1.566, IV, 1.583, § 1º, 1.590, 1.634, I, e 1.694 do CC.

De modo extremamente excepcional, é cabível a fixação de alimentos (pecuniários) em favor do filho, mas isso só deve ocorrer nas seguintes hipóteses: (1) indisponibilidade de um dos pais em assumir seu papel em questões patrimoniais, ou seja, a hipótese de o genitor alimentante se recusar a participar ativamente da vida do filho ou (2) inaptidão do outro genitor em custear as despesas de alimentação e saúde do filho no seu respectivo período de convívio e a *quota* devida ao filho no custeio da moradia.

Na segunda hipótese (a de inaptidão financeira do genitor), os alimentos devem ser arbitrados apenas naquilo que for necessário para o custeio das despesas do genitor menos afortunado durante o respectivo período de convívio, observado que este também tem o dever de custear essas despesas ainda que parcialmente.

Se, por exemplo, esse genitor é totalmente inapto a custear qualquer uma das despesas do filho, o adequado é que a pensão alimentícia se restrinja estritamente ao custeio das despesas do filho durante o seu período de convívio, de maneira que o custeio das outras despesas (como escola, cursos, lazer, empregados do lar etc.) deverão ser feitas *in natura* pelo genitor mais afortunado. Não há motivo algum para condenar o genitor mais afortunado a pagar pensão alimentícia para o outro pagar esses contratos de serviços e produtos alheios ao respectivo período de convívio. Além de irracional (pois o Fisco abocanhará parte dessa pensão alimentícia em razão de ela ser fato gerador do Imposto de Renda), fixar pensão alimentícia para isso seria uma violação ao próprio regime da guarda compartilhada e uma transformação dela em uma guarda unilateral.

A propósito, traga-se a lume estes esclarecedores julgados do TJPE e do TJDF:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. BUSCA E APREENSÃO DE MENORES. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. AGRAVOS DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE GUARDA UNILATERAL. DESCABIMENTO ATÉ REALIZAÇÃO DE ESTUDO PSICOSSOCIAL. ALIMENTOS IN NATURA. RECURSOS AS QUAIS SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. À UNANIMIDADE.

1. Recurso interposto pelo genitor das menores em face de *decisão* que estabeleceu o regime de guarda compartilhada a ser exercida por ambos os litigantes, sob argumento de que detém a guarda de fato das filhas, o que motivou o intento da ação de busca e apreensão no primeiro grau ante a recusa da genitora em devolver as crianças. Pugna pelo reconhecimento da guarda unilateral, afirmando que a Agravada não possui condições emocionais de permanecer com as filhas, ou, alternativamente, a estipulação de dias fixos para cada um dos pais, de modo que ele permaneça com as menores nas segundas, terças e quartas,

restando à Agravada todas as sextas, sábados e domingos, ficando a quinta feira alternada entre ambos.

2. O segundo recurso fora interposto em face da decisão que arbitrou o percentual de 20% (vinte por cento) sobre seus *rendimentos* a título de alimentos em favor de suas filhas, defendendo que é descabido o arbitramento, considerando que arca com todas as despesas das menores, escola, plano de saúde, aulas particulares, academia, médicos, dentista, alimentação, lazer e profissionais de qualquer gênero, tendo em vista que ambas com ele residem desde a separação de fato do casal, o que configura má-fé e deslealdade processual da Agravada.

3. Acolhimento do pedido alternativo em relação à guarda das menores, tendo em vista que apesar de discordar da alternância da guarda, este modelo já vinha sendo praticado pela família. Considerando a beligerância existente entre os genitores, prudente a definição dos dias em que as menores permanecerão com cada um, até a realização do estudo psicossocial por equipe multidisciplinar, ocasião em que deverá haver alteração do regime adotado.

4. Em relação aos alimentos, considerando que as crianças ficarão divididas igualmente entre os genitores em virtude da alternância da guarda, as despesas não mais serão sustentadas exclusivamente pelo Agravante ou pela Agravada, mas por ambos, que passarão de forma mais natural e adequada a dividir os gastos decorrentes de alimentação, lazer, medicamentos, moradia, enquanto permanecerem com as filhas, e em razão da disparidade financeira entre os genitores, deve o Agravante ficar exclusivamente responsável pelo pagamento *in natura* de gastos consideráveis com educação e plano de saúde.

5. Recursos aos quais se dá parcial provimento.

(TJ-PE - AI: 3207987 PE , Relator: Stênio José de Sousa Neiva Coêlho, Data de Julgamento: 22/01/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 29/01/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. DEMANDA RECONVENCIONAL. ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. REGIME DE ALTERNÂNCIA SEMANAL. ALIMENTOS IN NATURA. SEM COMPROVAÇÃO DE DESPESAS EXTRAORDINÁRIAS. RECURSO PROVIDO.

1. É certo que o dever de sustento dos filhos decorre do poder familiar, como bem inscrito nos artigos 1.566, inciso IV, e 1.703 do Código Civil. Reconhece-se ainda o direito da criança de gozar de semelhantes condições econômicas seja durante o convívio materno ou paterno.

2. A guarda compartilhada foi deferida com alternância semanal entre genitores, medida a qual implica, necessariamente, na divisão igualitária do tempo de convívio entre pai e mãe.

2.1 Com a alternância semanal entre os genitores, é incontroverso que a maior parte dos alimentos serão prestados *in natura*, de acordo com as possibilidades de cada genitor no momento de sua convivência, sendo certo que inexistem nos autos detalhamento de despesas dos menores as quais fundamentariam o estabelecimento de eventuais alimentos em pecúnia.

3. Demais, na existência de despesas extraordinárias, as partes devem exercer o diálogo e, no exercício da guarda compartilhada, acordar acerca da prestação a ser atendida, sem prejuízo de eventual revisão posterior acerca dos alimentos, caso a situação fática se modifique.

4. Recurso conhecido e provido.

(TJ-DF 07048970420188070010, 8ª Turma Cível, Rel. Des. Eustáquio de Castro, DJe 01/10/2020)

O motivo de a cogestão patrimonial (alimentos *in natura*) ser a regra geral no regime da guarda compartilhada é evidente.

A guarda compartilhada não se resume a repartir o período de convívio! Guarda dos pais é instituto que se presta a regular o papel de ambos no cuidado do filho menor, seja em questões extrapatrimoniais (ex.: período de convívio), seja em questões patrimoniais (ex.: custeio das despesas do filho).

Quando a guarda é compartilhada, ambos os genitores precisam ter esses papéis delimitados em conjunto, de modo que ambos deverão pessoalmente cumprir os seus respectivos deveres extrapatrimoniais e também patrimoniais. Assim, se um dos pais ficou incumbido de pagar despesas com a educação do filho, ele é quem irá pagar diretamente a respectiva instituição de ensino. Se o outro ficou incumbido de pagar o plano de saúde, é ele quem arcará com essa incumbência diretamente perante a operadora do plano de saúde.

De fato, no caso de guarda compartilhada, a vontade do legislador é que ambos os pais participem diretamente de todas as questões patrimoniais e extrapatrimoniais do filho menor, o que condiz com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ao exercer diretamente esses papéis, ambos os pais mantêm uma maior proximidade afetiva do filho, e vice-versa, o que é fundamental para o bem-estar da criança.

Se, porém, estivéssemos diante de uma **guarda unilateral**, a situação é diferente, pois o genitor não guardião é, na verdade, apenas um “banco”, um “fiscal” e um “visitante” esporádico do filho. Ele nada faz a não ser: (1) como um “banco”, transferir dinheiro para o guardião, que efetivamente cuida de todas as questões patrimoniais do filho; (2) como um “fiscal”, supervisionar se o guardião está realmente cuidando das questões extrapatrimoniais e patrimoniais do filho; e (3) como um “visitante”, ver o filho como um forasteiro.

Por isso, o regime patrimonial da guarda unilateral costuma obrigar o genitor não guardião a pagar pensão alimentícia pecuniária (“banco”), ao passo que o regime extrapatrimonial acarreta a esse genitor não guardião o dever de supervisionar os interesses do filho (“fiscal”) e de visitar (“visitante”). Do ponto de vista da proximidade afetiva, o regime extrapatrimonial e patrimonial da guarda unilateral acaba sendo

péssimo, pois o genitor não guardião não tem uma efetiva participação da vida do filho, mas se transforma em um mero e frio “banco”, “fiscal” e “visitante”. Isso gera um distanciamento afetivo em relação ao genitor não guardião e, conseqüentemente, à rede de parentesco desse genitor.

Em poucas palavras, o regime da guarda unilateral, por sua natureza, gera uma alienação parental. É claro que isso pode ser aliviado com eventual estipulação de alimentos *in natura* ou com o aumento dos períodos de visitas, mas tal não é a regra geral para esse tipo de guarda, já que é mais comum na guarda compartilhada.

Não se dá o mesmo com o regime extrapatrimonial e patrimonial da guarda compartilhada, que já pressupõe um maior engajamento de ambos os pais no cuidado direto das questões do filho.

4. CONCLUSÃO

Apesar de ser observado que, na prática forense, as duas leis da guarda compartilhada seguem sendo objeto de boicote hermenêutico, é forçoso que, de uma vez por todas, a jurisprudência e a doutrina se uniformizem para abandonar a visão arcaica da Psicologia Social, que transforma o pai em um mero “banco”, “fiscal” e “visitante forasteiro”.

Em isso ocorrendo, pouparemos muitos de nossos futuros adultos da triste sensação de semi-orfandade.

Sabemos que nem sempre pais e mães são presentes, e infelizmente há pouco que o Direito pode fazer para acabar com indignância moral de muitos pais e mães. Todavia, o que é inadmissível é que o Direito, ao se deparar com pais que querem ser presentes, corte-lhes as asas e transforme-os, *manu militari*, em meros bancos, fiscais e visitantes por meio de um censurável regime de guarda unilateral transvestido de guarda compartilhada.

O Judiciário não pode ser uma fábrica de semi-órfãos!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Leila Maria Torraca de. Família pós-divórcio: a visão dos filhos. In: **Psicol. cienc. prof.**, vol. 27 n° 1, Brasília, Mar. 2007 (Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932007000100004)

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 3.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. Disponível em: <http://lexuniversal.com/pt/articles/1186>. Publicado em 30/06/2006.

FERREIRA, Adriana do Vale; MONTANHER, Ana Roberta Prado; MARIANO, Fenanda Neísa; DUARTE, Genecy Leite; FELIPE, Sandra Simonne Rossi. Tempo de Convivência entre Pais e Filhos: Reflexões sobre a Parentalidade Residencial Compartilhada. In: **Pensando famílias**, vol.22, n° 2, Porto Alegre jul./dez. 2018 (Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2018000200007).

GIACOMOZZI, Andréia Isabel; NEGRÃO, Natalia Tsunemi. A separação e disputa de guarda conflitiva e os prejuízos para os filhos. In: **liberabit**, vol.21, n° 1, Lima ene./jun. 2015 (Disponível em: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272015000100010)

GOULART, Maria Cristina Vianna; OLIVEIRA, Morgana Valadares. **Os laços familiares no processo da guarda compartilhada**. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0416.pdf>. Publicado em 20 de agosto de 2017.

LEMOS, Luciana. **Alienação Parental – Quando os filhos são as maiores vítimas**. Disponível em: <https://blog.psicologiaviva.com.br/alienacao-parental/#:~:text=Quanto%20maior%20a%20intensidade%20da,verdades%20E2%80%9D%20que%20lhe%20s%C3%A3o%20apresentadas>. Publicado em 15 de janeiro de 2016.

LIMA, Suzana Borges Viegas. Guarda compartilhada: a nova realidade. In.: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 335.

MIYAGUI, Camila. Um estudo de caso: análise dos laudos psicológicos e sociais em vara de família. In: **Mnemosine**, Vol. 14, n° 2, 2018, p. 80-99 (Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/mnemosine/article/viewFile/41683/pdf_378)

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 5**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ZIMMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. **In.:** COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.