

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

A GUARDA COMPARTILHADA: SOLUÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL

ALEXANDRE LOUREIRO

Rio de Janeiro 2016 / 2º SEMESTRE

ALEXANDRE LOUREIRO

A GUARDA COMPARTILHADA: SOLUÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Flávio Alves Martins

Rio de Janeiro 2016/ 2º SEMESTRE

ALEXANDRE LOUREIRO

A GUARDA COMPARTILHADA: SOLUÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Flavio Alves Martins

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro 2016 / 2º SEMESTRE

RESUMO

Referência: LOUREIRO, ALEXANDRE. **Guarda Compartilhada: Solução à Alienação Parental**. 2016. 52 pág. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito – Monografia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A família ao longo dos anos tem sofrido diversas transformações, as estruturas e as interações familiares têm acompanhado tais mudanças, outro fator de relevância dentre tais mudanças está no grande aumento nas separações. Diante das rupturas conjugais que decorrem de forma conflituosa, os filhos podem ser utilizados como arma de vingança, via de regra, pelo genitor detentor da guarda única, onde se inicia o fenômeno da alienação parental, em que o alienador se utiliza de um conjunto de manobras, ao criar uma relação bem mais intensa com seu filho, assume o controle total da situação, promovendo a “lavagem cerebral” no menor, com o único objetivo de destruir o vínculo deste com o outro genitor. O presente trabalho traz o instituto da guarda compartilhada como prevenção e possível solução a alienação parental, assim como uma forma de atenuar os efeitos negativos decorrentes do rompimento da relação conjugal. Visto que, com a dissolução da sociedade conjugal e o fim do casamento extinguem-se direitos e deveres relativos aos cônjuges, contudo, jamais poderá colocar termo nas responsabilidades e na relação parental.

Palavras-chave: Poder familiar. Guarda compartilhada. Prevenção. Solução. Alienação parental.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 ENTIDADES FAMILIARES, A GUARDA, INSTITUTO DE PROTEÇÃO AOS FILHOS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO E A MODALIDADE COMPARTILHADA.....	5
2.1 Conceito Familiar.....	5
2.2 A Extinção Familiar.....	8
2.3 Direitos dos pais em relação aos filhos.....	9
2.3.1 Criação e educação	10
2.3.2 Representação e Assistência	11
2.3.3 O Pátrio Poder e o Poder Familiar.....	12
2.4 A Guarda no Direito Brasileiro e as espécies de guarda	14
2.4.1 A Evolução do conceito de guarda	14
2.4.2 Definição de guarda.....	15
2.4.3 A guarda como elemento do Poder Familiar.....	16
2.4.4 O interesse do menor	17
2.4.5 Espécies de guarda.....	19
2.4.5.1 Guarda unilateral.....	19
2.4.5.2 Guarda compartilhada.....	19
2.4.5.3 Guarda por terceiros.....	20
2.4.5.4 Guarda alternada.....	21
3. Alienação Parental: Elementos conceituais e teóricos.....	25
3.1 Origem.....	25
3.2 Síndrome da Alienação Parental.....	26
3.3 Alienação Parental.....	27
3.3.1 Definição.....	27
3.3.2 O Alienador.....	30
3.3.2.1 Comportamentos do Alienador.....	32
3.3.2.2 Implantação de falsas memórias.....	33
3.3.2.3 Consequências para os filhos.....	37
4. Aplicação da Guarda Compartilhada como solução à alienação parental pelos tribunais	39
4.1 O judiciário e a alienação parental.....	39
4.1.1 Dano moral decorrente de alienação parental.....	43

4.2 Da possibilidade da guarda compartilhada na ausência de consenso entre os genitores	44
4.3 Da guarda compartilhada como o ideal de relacionamento parental pós-separação.....	46
4.4 Da necessidade de consenso para atribuições da guarda compartilhada.....	47
5 CONCLUSÃO	51

1 - INTRODUÇÃO

Nesses tempos contemporâneos, as relações conjugais têm se tornado cada vez mais flexíveis. A questão em tela torna-se objeto de juízos no contexto da opinião pública, dos juristas, dos jurisdicionados, dos operadores do direito, dentre outros segmentos direta ou indiretamente envolvidos no estudo das relações familiares e suas implicações jurídicas.

A dissolução da união conjugal não pressupõe implicações somente no destino dos ex-cônjuges/ex-companheiros, mas também nos filhos do casal, em função do vínculo afetivo já estabelecido. Diante do desmantelamento da sociedade conjugal, do vínculo matrimonial ou da extinção da união estável, muitas vezes surge uma disputa pela guarda dos filhos.

Até pouco tempo atrás, antes da lei da guarda compartilhada, os juízes, na maioria dos casos, estavam aplicando a guarda unilateral, embora a jurisprudência já admitisse em muitos casos, também, a guarda compartilhada. Entretanto, a guarda unilateral, ao nosso sentir, favorece o detentor da guarda, em razão da sua maior proximidade com o filho menor, principalmente quando existem manobras visando afastar o outro progenitor da convivência com a criança, podendo gerar a terrível e temida alienação parental.

Por mais amigável que possa ocorrer, o rompimento da relação conjugal pode trazer consequências indesejáveis para os envolvidos, afetando, principalmente os filhos quando ainda menores. O problema se agrava quando a separação é litigiosa, na qual caberá ao Poder Judiciário decidir quem será apontado como guardião, ou seja, o responsável por cuidar do menor de idade, tendo em vista seu bem-estar físico, emocional e afetivo.

Com a entrada em vigor da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, no caso de ausência de acordo entre os pais a regra será a aplicação da guarda compartilhada, podendo também ser declarada *ex officio* pelo juiz.

O tema do presente trabalho versará se a guarda compartilhada pode ser um meio de prevenção ou de possível solução da alienação parental, se este modelo de guarda pode ser capaz de prevenir ou interromper o abuso por parte do alienador, sem causar maiores danos psicológicos ao filho, tendo como fundamento legal a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código Civil, o Código de Processo Civil, e a Lei nº. 12.318/2010 e sendo observada, além disso, a jurisprudência a respeito do assunto.

Com esta finalidade, inicialmente, serão abordadas modificações sociais e jurídicas nas famílias, com um breve relato de sua transformação da concepção patriarcal para a sócio-afetiva, os deveres e direitos dos pais em relação aos filhos menores de idade, e as entidades familiares que surgiram com o desenvolvimento da sociedade e das novas relações afetivas, as suas formas de extinção, como a guarda é compreendida no direito brasileiro, sua definição e identificando as espécies conforme a sua finalidade.

Pretende-se analisar o disposto na Constituição Federal e no Código Civil no que tange à proteção a pessoa dos filhos, assim como, o que se entende por guarda compartilhada, sua definição doutrinária e a função social. E, neste contexto, serão apresentados os direitos e os deveres dos pais em relação aos filhos com a aplicação da guarda conjunta.

Analisar-se-á o que se entende por Alienação Parental, buscando compreender seus elementos conceituais e teóricos, as causas de desenvolvimento da “Síndrome de Alienação Parental” e as consequências para as crianças ou adolescentes vítimas dessa síndrome. No trabalho ainda serão estudadas as sanções que podem ser aplicadas ao genitor alienador, quando caracterizados os atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com o outro genitor, estudo baseado na Lei 12.318 de 2010. Finalmente, será apresentada a jurisprudência existente acerca de casos de alienação parental, com ênfase nos fundamentos que nortearam as decisões, examinando-se o tipo de guarda existente no caso.

O tema a ser abordado por meio deste projeto de monografia é: A Guarda Compartilhada como solução da Alienação Parental.

Ao ocorrer a separação dos pais, repentinamente, a estrutura familiar resta abalada, então fica necessária uma redefinição dos papéis. O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez surgir a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando cessado o vínculo conjugal.

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, reduzindo a irresponsabilidade provocada pela guarda individual.

O presente trabalho propõe-se, portanto, a estudar e refletir sobre os diferentes

fatores envolvidos nessa diferenciação de postura quanto a aplicação da guarda compartilhada, suas possíveis origens e seus reflexos.

O tema apresenta grande relevância e, portanto, merece ser aqui abordado, levando-se em conta a recente aplicação dos institutos da Guarda Compartilhada e da Alienação Parental no Brasil, ocasionada pelo desenvolvimento de relações jurídicas e sociais mais complexas.

O desenvolvimento atual da sociedade pressupõe uma maior relação afetiva dos dois polos de convivência. Não há mais conformidade em somente pagar alimentos e realizar visitas quinzenais.

A preferência legal até pouco tempo era pela guarda unilateral, no entanto, a legislação foi modificada e alterou para a modalidade compartilhada, o que garante uma maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole, o que de certa forma, representa um progresso nas relações dos filhos com os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada, e caso não pudesse ser decidida em sentença judicial não teria efetividade.

Pretende-se, com o presente trabalho demonstrar que a evolução das relações sociais, principalmente, do final do século XX para os dias atuais, não acompanharam a evolução real da sociedade, embora as estruturas familiares tradicionais fossem dotadas de inegáveis virtudes, mostram-se ineficazes quanto às formas de se resguardar os interesses dos filhos angariando a efetiva participação daqueles pais que tiveram efetiva participação afetiva em sua criação, e que em função de separações conjugais tiveram o vínculo normal rompido.

Desse modo, objetiva-se averiguar a posição de que a aplicação da guarda compartilhada, pode se configurar no meio mais eficaz de se resguardar tais interesses, garantindo-se assim através de vínculos mais efetivos a interromper o processo de alienação parental do detentor da guarda.

O presente trabalho se propõe a uma reflexão a respeito da adoção da guarda compartilhada como regra e a possível mitigação da síndrome de alienação parental, presente nas em diversas relações entre pais e filhos.

O objetivo principal do presente trabalho é verificar se a guarda compartilhada pode ser um meio de prevenção ou de possível solução da alienação parental, se este modelo de guarda pode ser capaz de interromper o abuso por parte do alienador, sem causar

maiores danos psicológicos ao filho, tendo como fundamento legal a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, o Código de Processo Civil, e a Lei nº. 12.318/2010 e sendo observada, além disso, a jurisprudência a respeito do assunto. Com esta finalidade, inicialmente, será abordada a evolução histórica do conceito de família, com um breve relato de sua transformação da concepção patriarcal para a sócio-afetiva, os deveres e direitos dos pais em relação aos filhos menores, e as entidades familiares que surgiram com o desenvolvimento da sociedade e das novas relações afetivas, as suas formas de extinção.

2 – ENTIDADES FAMILIARES, A GUARDA, INSTITUTO DE PROTEÇÃO AOS FILHOS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO E A MODALIDADE COMPARTILHADA

2.1 – O Conceito Familiar

A família, acompanhando a evolução e as transformações da sociedade, atravessou por diversas transformações e com o passar do tempo perdeu muitas de suas características, como por exemplo: a sua formação, a matrimonialização, questões patrimoniais e o poder patriarcal. No início do Século XX a família matrimonializada era tutelada pelo Código Civil de 1916, sendo que este código apresentava uma ótica extremamente discriminatória em relação à família no que tange às pessoas unidas sem os laços matrimoniais e aos filhos havidos destas uniões. A dissolução do casamento era proibida, havia diferenciação entre seus membros e a discriminação estava positivada.¹

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 30

O cônjuge varão era o chefe destas famílias e a esposa e os filhos estavam em posição inferior à dele, assim, a vontade do marido se transformava na vontade da entidade familiar. Entretanto, estes poderes se limitavam à família matrimonializada, visto que, os filhos considerados ilegítimos não faziam parte da unidade familiar, somente os filhos legítimos é que constituíam parte da unidade familiar de produção. Além disso, a regra era que o casamento era indissolúvel, a única forma de resolver um matrimônio que por algum motivo não havia dado certo era por meio do desquite, que colocava um fim na convivência conjugal, mas o vínculo jurídico permanecia.²

Durante muitos anos, em decorrência da estreita ligação entre o Estado e a Igreja, não se admitia o reconhecimento de outros tipos de família, era reconhecida somente aquelas constituídas pelo sagrado laço do matrimônio entre o homem e a mulher. Cabe destacar que a realidade social e o sistema jurídico durante muito tempo não compartilhavam os mesmos caminhos. Entretanto, as transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, alcançaram diretamente o núcleo familiar e deu origem a novas definições, conceitos de unidade familiar, que são diferentes da tradicional família patriarcal.

²

Idem.

Contudo, a evolução social juntamente com a familiar forçaram alterações legislativas expressivas, inevitáveis e imprescindíveis, como por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) que restituiu a mulher sua plena capacidade, pois lhe assegurava a propriedade dos bens obtidos com seu labor. Do mesmo modo a Lei 6.515/1997 (Lei do Divórcio) provocou alterações significantes na sociedade e no ordenamento brasileiro, e que segundo Maria Berenice Dias: “acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada”³.

³ .DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 30

Assim sendo, com o desenvolvimento da sociedade, outras formas de manifestação afetivas, que aspiravam constituir uma entidade familiar, passaram a reivindicar seus direitos e a exigir a proteção do Estado, deste modo, o casamento deixou de ser o contorno primordial de constituição da família. A Constituição Federal de 1988⁴ em seus artigos 226 a 230 constata-se que o núcleo da tutela constitucional passa para as relações familiares e delas decorrentes, bem como a dignidade de seus integrantes, em particular no que tange ao bem-estar e ao desenvolvimento da personalidade e dos filhos dessa união.

Neste sentido, nas palavras do jurista Paulo Lôbo, na família constitucionalizada:

⁴ ... Art. 226 a 230 da Constituição Federal de 1988

o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado da Constituição de 1988.⁵

Destarte, as novas formas de entidade familiares passaram a ter seus direitos respeitados e protegidos pelo poder estatal, tendo em vista o estabelecido nas normas constitucionais vigentes, contraponto o que previa a Constituição Federal de 1967, em que somente o casamento era considerado o alicerce da família.

⁵LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

A Constituição Federal de 1988 ⁶ define que a família é a base da sociedade, logo, deve ter proteção especial do Estado. Nela estão explicitadas as entidades familiares mais comuns, que são as formadas pelo casamento, a união estável, a formada por qualquer dos genitores e seus descendentes.

Entretanto, o rol do artigo supracitado não é taxativo, constituindo uma cláusula geral de abrangência, ou seja, abarcando um conceito amplo e indeterminado de família, conforme estabelecido no caput do dispositivo constitucional.

⁶ Art. 226 da Constituição Federal de 1988”

As outras espécies de entidade familiares são tipos implícitos no dispositivo constitucional, que também possuem a capacidade de assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo vedada qualquer discriminação entre as formas de famílias expressamente previstas. Historicamente, o conceito de família recebeu constantes modificações, entretanto, por este motivo, tomemos para efeitos didáticos os três entendimentos apresentados por Maria Helena Diniz. Inicialmente, para a autora o significado de família no sentido amplíssimo seria aquele em que as pessoas estão ligadas pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade.⁷

⁷ . DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 23.

Na definição lato sensu de família para Maria Helena Diniz é aquela constituída “além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)”.⁸

⁸

.. Ibidem., p. 24.

Finalmente, para a autora, o entendimento de família no sentido restrito está limitado ao grupo formado pelos pais, quer pelo matrimônio ou pela união estável, e da filiação.⁹

⁹ Ibidem., p. 24

A definição jurídica moderna de família não é extraída unicamente de um entendimento doutrinário, mas da própria lei ¹⁰ que seria uma comunidade formada por pessoas que são aparentados por laços naturais ou afinidade.

A repersonalização das relações familiares, nome dado ao fenômeno pós-contemporâneo no qual se valoriza muito mais os interesses da pessoa humana do que o patrimônio que estas possuem, para regularização de seus direitos, procurou tutelar todas as relações que apresentassem as novas características de uma família: a afetividade, a estabilidade e a extensibilidade.

O casamento, a união estável constituída por um homem e uma mulher e a família monoparental, que é formada por qualquer dos genitores e seus descendentes, são exemplos de entidades familiares mais comumente conhecidas.

Entretanto, novas entidades surgiram na nossa sociedade como as famílias anaparentais (sem os pais), nas quais os filhos formam um grupo de convivência sem a presença dos seus genitores, as famílias recompostas que são formadas por filhos provenientes de casamentos anteriores com os padrastos e madrastas, e as famílias unipessoais que são constituídas por pessoas solteiras.

Todavia, embora não estejam indicadas expressamente na Constituição Federal, as famílias anaparentais, as famílias recompostas e as famílias unipessoais são merecedoras da proteção Estatal.

Aparecem ainda, nesse novo cenário, as famílias compostas por companheiros do mesmo sexo, as denominadas relações homoafetivas, que injustificadamente são alvos de grande preconceito e de marginalização, são igualmente com as outras entidades familiares dignas de ter o amparo do Direito.

Em decorrência dos princípios constitucionais, principalmente, os da igualdade e da dignidade, não pode haver na legislação brasileira a discriminação e o favorecimento de um tipo de entidade familiar detrimento de outro.

2.2 A Extinção da Entidade Familiar

¹⁰ Art 5º Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha.

O Código Civil ¹¹ estabelece que a sociedade conjugal se extingue com a morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação e pelo divórcio. Ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010¹² alterou o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição acabando com os processos de Separação Judicial e os prazos exigidos anteriormente pela lei, facilitando o procedimento para os casais que querem se divorciar.

¹¹ Art. 1.571 do Código Civil

¹² Art. 1º da Emenda Constitucional nº 66/2010

A respeito do tema, Maria Helena Diniz nos esclarece que a sociedade conjugal termina, portanto, com a separação (judicial ou extrajudicial), e o vínculo matrimonial com a morte de um dos cônjuges, invalidade do casamento, divórcio e presunção de óbito do consorte declarado ausente. Engloba, portanto, na mesma disposição os casos de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, distinguindo, dessa forma, a sociedade conjugal e o casamento.¹³ Na dissolução do casamento e da união estável por morte de uma das pessoas que forma o casal, há diferenças apenas em razão do regime de bens, ficando a guarda dos filhos sob a responsabilidade do genitor sobrevivente.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 264

O divórcio dissolve o casamento civil, podendo a ocorrer de forma consensual ou litigiosa. Sendo que o divórcio consensual poderá ser judicial ou extrajudicial, de acordo com cada situação. Ressalta-se que, conforme previsto no artigo 1.579 do Código Civil¹⁴, o divórcio não alterará os direitos e deveres dos genitores com relação aos filhos.

Deste modo, para a realização do divórcio consensual é necessário observar certas formalidades, visto que, se o casal tem filhos menores ele somente poderá extinto perante o Poder Judiciário e na presença de um juiz de direito. Todavia, caso eles não tenham filhos menores e haja acordo entre as partes, poderá o divórcio ser realizada por escritura pública em um tabelionato de notas, com assistência de advogado ou defensor público.

A extinção da união estável ocorre no plano dos fatos, assim com a sua constituição, bastando provar que não há mais a união com testemunhas, que é a principal e a mais usada, ou outro meio de demonstrar a separação. Entretanto, se houver patrimônio, deverá ser reconhecida/dissolvida a união estável judicialmente.

¹⁴ Art. 1.579 do Código Civil: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”

Segundo o Projeto de Lei nº 674/2007 (Estatuto das Famílias), a separação de fato ou a separação de corpos coloca fim aos deveres conjugais e ao regime de bens. Ao estabelecendo que cessada a convivência entre os cônjuges, ainda que eles estejam morando na mesma residência, se configura a separação de fato.¹⁵ Neste caso, o problema consiste na dificuldade de obtenção da prova.

Por conseguinte, além dos princípios constitucionais já citados, as outras entidades familiares com base no princípio da liberdade, possuem a livre capacidade de opção ou autonomia para sua formação, efetivação e extinção, sem sofrer quaisquer exigências ou limitações externas de seus familiares, da sociedade ou do legislador.

¹⁵ Art. 59 do Projeto Lei nº 674/2007: “A separação de fato ou a separação de corpos põem termo aos deveres conjugais e ao regime de bens. I – A separação de fato se configura quando cessa a convivência entre os cônjuges, ainda que residindo sob o mesmo teto. [...]”

Cabe salientar que as relações entre pais e filhos não se modificam com a separação dos casais, a não ser quanto ao direito de ter o filho na companhia de um deles.¹⁶

Neste mesmo sentido, dispõe o Silvio de Salvo Venosa:

¹⁶ Art. 1.632 do Código Civil

“Nenhum dos pais perde o poder familiar, com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visita”¹⁷.

2.3. Direitos e Deveres dos pais em relação aos filhos

Os direitos e deveres são atribuídos aos genitores e aos responsáveis pelas crianças e adolescentes para o correto desempenho do poder familiar. A Constituição Federal enumera os direitos 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão que devem ser garantidos à criança e ao adolescente:

Os direitos elencados no artigo 227 da Constituição Federal devem ser garantidos à criança e ao adolescente pelo Estado e no âmbito familiar através do poder familiar e segundo o artigo 229 da nossa Carta Magna, os genitores têm a obrigação de assistir, criar e educar os filhos menores.

2.3.1 Criação e Educação

¹⁷VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. Atlas, 2009.

A obrigação dos pais de criar e educar dos filhos, além de estar incluída na Constituição, também está inserida no Código Civil ¹⁸ e no Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁹ Tal obrigação objetiva em propiciar aos filhos condições físicas, psicológicas e morais, para assegurar o desenvolvimento pleno do menor. Neste contexto, criar significa congrega condições no âmbito familiar da criança e/ou do adolescente para seu desenvolvimento individual pleno e sadio como ser humano. Educar é orientá-los para a obtenção de conhecimento, hábitos, usos e costumes, objetivando agregar as suas atitudes à cultura da sociedade em que vive, refletindo valores de um mundo compartilhado de conhecimento e de pretensões individuais e coletivas.

¹⁸ Art. 1634, I, Código Civil

¹⁹ Art. 22 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente

Dentro do campo da criação e educação, cabe aos pais exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços compatíveis com idade e condição do menor, conforme previsto no Código Civil.²⁰ Na efetivação do poder familiar pelos genitores é imprescindível ter o respeito e a obediência dos filhos. Para tanto, aos pais é concedida certa autoridade em relação aos filhos, objetivando discipliná-los e corrigi-los quando necessário.

Porém, cabe ressaltar que os métodos utilizados pelos pais para disciplinar e corrigir devem ser moderados, bem como respeitar a dignidade dos filhos, visto que, os excessos serão punidos na forma da lei, inclusive com a perda do poder familiar nos casos mais gravosos.

²⁰ Art. 1634, II, Código Civil

Ao dever de criação e educação está inserido ainda o dever de sustento, que é atribuído aos pais no sentido de prover a alimentação, moradia e vestuário aos filhos menores, assim como outras necessidades materiais indispensáveis ao desenvolvimento e à sobrevivência da criança e do adolescente, conforme previsto no Código Civil²¹ e no Estatuto da Criança e do Adolescente.²²

²¹ Art. 1.566 do Código Civil

²² Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente

2.3.2 Representação e Assistência

Os pais devem representar os filhos até os dezesseis anos e depois dessa idade deverão assisti-los até alcançarem a maioridade (dezoito anos), de acordo com o Código Civil²³, quando se tornarão capazes de administrar seus bens e a eles mesmos. O dispositivo supracitado visa proteger os direitos dos filhos menores, evitando assim, que pratiquem atos danosos contra eles mesmos ou a seu próprio patrimônio.

Visto que, o entendimento vigente é de que o indivíduo antes dos dezoito anos não tem discernimento para desempenhar pessoalmente os atos da vida civil, conforme acentua Paulo Lôbo:

²³ Art. 1.634 do Código Civil

“A representação legal ou assistência deverá ser exercida em conjunto pelos pais. Não se pode presumir o consentimento do outro, quando um dos pais agir com exclusividade, porque a atuação conjunta assegura o princípio do melhor interesse do menor. Presume-se que houve decisão em comum quando os pais agirem conjuntamente ou adotarem condutas que levem a esse resultado.”²⁴

A responsabilidade de representação e assistência abrange ainda a administração, bem como o usufruto legal dos bens dos filhos menores. Ressaltando-se que este encargo deverá ser desempenhado objetivando o melhor interesse do menor e que o descaso na administração pode acarretar até a suspensão do poder familiar, de acordo com o Código Civil.²⁵

²⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 289.

²⁵ Art. 1.637 do Código Civil

Deste modo, os genitores são os administradores legais do patrimônio dos filhos menores, todavia, não poderão realizar atos que não sejam os de administração e não terão direito a qualquer remuneração em razão dos atos executados.²⁶ O Código Civil ²⁷ estabelece que, somente com prévia autorização judicial, os genitores podem alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis dos filhos menores, desde que demonstrem a necessidade, ou evidente interesse dos menores.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 597

²⁷ Art. 1.691 do Código Civil

No usufruto legal, os pais recebem as rendas provenientes dos bens do filho menor sem prestar contas e muito menos caução, podendo utilizá-las sem qualquer proibição legal, como ressarcimento dos encargos decorrentes com a criação e educação do filho menor, não obstante podem, eventualmente, ser obrigados a prestar contas dos rendimentos dos bens sujeitos ao seu usufruto.²⁸

Alguns bens que não estão subordinados ao usufruto e tampouco à administração dos pais, tais como: os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício da atividade profissional e os bens como tais recursos adquiridos; os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 598

Neste sentido, Maria Berenice afirma que os pais podem se apropriar dos rendimentos dos bens dos filhos na medida do necessário para quitar as despesas comuns da família.²⁹ No entanto, quando os interesses dos pais se chocarem com os dos filhos, deverá ser designado curador especial para o menor, de acordo com o Código Civil³⁰ e o Código de Processo Civil^{31 32}.

2.3.3 O pátrio poder e o poder familiar

O Pátrio Poder chegou ao Brasil nas Ordenações do Reino sendo transladada para o Brasil pela Lei de 20 de outubro de 1823, a qual considerava a mulher relativamente incapaz para a prática da vida civil e por isso necessitava do amparo do homem e de sua autorização, ou seja, trazia poder e domínio do pater famílias, fazendo do homem o “comando do casal”, o chefe da sociedade conjugal.

No direito de família brasileiro fica clara a influência romana, herdada do direito Português aplicado no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916, por meio das Ordenações Filipinas. O Código Civil de 1916, ainda seguiu o modelo do Direito Romano, dando um maior poder patriarcal.

Em 27 de agosto de 1942, o referido Código Civil sofreu delicadas alterações, quando foi promulgada a Lei nº 4.121 (Estatuto da Mulher Casada), que conferiu a mãe a posição de colaboradora do pai no exercício do pátrio poder, ademais a mulher obteve também o direito de ingressar em juízo sempre que houvesse conflito.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 387.

³⁰ Art. 1.692 do Código Civil

³¹ Art. 9º do Código de Processo Civil

³² Art. 1.042 do Código de Processo Civil

A Lei nº. 6.515 de dezembro de 1977, estabeleceu que os genitores são os titulares dos encargos parentais, que a titularidade continuaria mesmo depois do divórcio ou quando sobrevenha novo casamento de quaisquer dos pais, muito embora a guarda dos filhos seja atribuída a somente um deles, à luz do artigo 16 do Decreto-Lei nº 3.200/14 ³³ e do artigo 381 do Código Civil de 1916.³⁴

³³ Art. 16 do Decreto-Lei nº 3.200/14: “O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. ”

³⁴ Art. 381 do Código Civil de 1916: “O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (arts. 326 e 327)

A Constituição Federal de 1988 ratificou juridicamente a igualdade entre homens e mulheres, não admitindo a desigualdade entre pai e mãe, celebrando também igualdade entre os filhos havidos ou não dentro da relação conjugal, proibindo qualquer discriminação em direitos e deveres na sociedade conjugal, prevalecendo uma atuação igualitária e conjunta prevista no artigo 226, § 5º, da nossa Carta Magna.³⁵

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente ganharam proteção especial, em razão da sua fragilidade e vulnerabilidade, que justifica a atribuição de tutela especial.

³⁵ Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

Do mesmo modo, por estarem em fase de construção da personalidade e merecedores de tratamento digno, foi fundamental a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90 ³⁶, pois com o estatuto passaram a ser tratados de forma qualitativamente diferenciada.

Destarte, o Pátrio Poder não é decorrente do casamento, mas sim da relação maternidade + paternidade = filiação. Logo, nenhum dos pais perde o exercício e a função de desempenhar o papel de pai ou de mãe por divórcio ou separação judicial, salvo, por determinação contida em sentença judicial.

³⁶ Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, alterou no Estatuto da Criança e do Adolescente³⁷ e no Código Civil³⁸ a expressão “Pátrio Poder” para a denominação “Poder Familiar”, adequando a uma expressão mais moderna, tendo em vista que é função de ambos os cônjuges a assunção dos deveres e obrigações para com seus filhos menores, não tendo coerência a denominação anterior, que remetia a prevalência do sexo masculino, privilegiando a autoridade do pai.

Como bem assinala Maria Helena Diniz, o poder familiar como sendo:

³⁷ Art. 3º da Lei nº 12.010/2009

³⁸ Art. 4º da Lei nº 12.010/2009

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.³⁹

O Poder Familiar tem o mesmo significado e relevância tanto no casamento como na união estável, em relação ao princípio da plena igualdade entre homens e mulheres.

Com base nessa igualdade, o Código extinguiu toda e qualquer prevalência da mãe na atribuição da guarda, eliminando o regime da perda da guarda pela culpa na separação judicial/divórcio. Portanto, este instituto jurídico, em face ao caráter dinâmico do direito, não ficou imune as grandes transformações sociais que impuseram uma nova adequação do ordenamento para esta nova estrutura social, principalmente, no que diz respeito ao direito de família. Trazendo para tanto, a responsabilidade proporcional entre os pais, em que ambos devem assumir os direitos e as obrigações ao adotarem ou colocarem no mundo um ser humano.

2.4 A Guarda no Direito Brasileiro e as Espécies de Guarda

2.4.1 A Evolução do Conceito de Guarda

A criança e o adolescente ganharam proteção especial com a chegada da Constituição Federal de 1988, que salvaguardou o exercício do direito, cujo objetivo principal é o de proteção a personalidade dos filhos, e a garantia de seus direitos fundamentais, o que justifica a tutela especial por serem seres que necessitam de cuidados especiais, haja vista serem frágeis, vulneráveis e estarem em processo de desenvolvimento.

O universo jurídico encontra-se em constante evolução, bem como a questão da guarda evolui, conforme as mudanças sociais foram aparecendo e sendo reguladas por meio de várias legislações específicas, como: a Lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Mulher Casada, o Código dos Menores, tendo como escopo maior os interesses dos menores e seus direitos.

As sociedades com o decorrer do tempo passaram por diversas modificações, assim como instituto da guarda. Todavia, cabe destacar que nem sempre a guarda acompanhou o desenvolvimento da sociedade.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5 p. 588.

Do século XX até os dias atuais, as sociedades apresentaram uma evolução constante, nas quais a mulher assumiu e confirmou cada vez mais sua posição neste cenário, eclodindo de forma significativa no mercado de trabalho e se desrotulando da imagem de mãe e sexo frágil.

Nos últimos tempos, a mulher passou a modificar os costumes e valores a ela afeiçoados, na nova figura materna, que consegue cada vez mais espaço e destaque na sociedade. Tais mudanças desencadearam a mudança no perfil da família, que vem ganhando novos contornos, cujos reflexos repercutiram nas relações parentais.

As famílias deixaram de lado as aparências formais, para se adequarem as situações, se tornando entidades mais afetivas e efetivas. De modo que, as considerações a respeito da guarda não poderiam ficar estagnadas no tempo, para melhor adequar aos anseios da sociedade e acompanhar a realidade contemporânea, a fim de se tornar mais eficaz aos casos concretos.

Diante de tantas evoluções não seria razoável continuar a pensar de maneira retrógrada e imprópria, considerando que a mãe é figura imprescindível e enquanto o pai é dispensável, visto que a melhor condição para a criança é a convivência com ambos os genitores. A regulamentação da guarda está prevista implicitamente na Constituição Federal ⁴⁰ ⁴¹, assegurando a criança e ao adolescente o direito de ter um guardião para protegê-los, na ausência dos genitores, e lhes sendo prestada assistência moral, material e educacional.

A guarda é inseparável do poder familiar, compartilhada pelos genitores enquanto conviventes. Deste modo, quando ocorre a dissolução dessa família, quem perde a guarda não perde o poder familiar, pois este permanecerá inalterado, mas sim o seu efetivo exercício, que passará a ser do genitor-guardião.

2.4.2 Definição de guarda

A guarda é o direito-dever dos pais, ou seja, o poder familiar voltado para o sentido de proteção ao interesse dos filhos, destinando-se à educação e à preparação para o desenvolvimento da vida do menor, colocando-o no centro da matéria, no qual o direito-dever dos pais deverá ser exercido sempre em razão do melhor interesse da criança.

Assim, a guarda é o direito de comandar a vida dos filhos, vigiando-os e orientando-lhes a formação moral, sempre em busca de seu melhor interesse. A guarda no sentido jurídico para Ana Maria Milano Silva é:

⁴⁰ Art. 227 da Constituição Federal

⁴¹ Art. 229 da Constituição Federal

[...] o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.⁴²

A definição de guarda por Guilherme Gonçalves Strenger é:

⁴²

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. ed. de Direito. São Paulo, 2005. p.43

“Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.”⁴³

2.4.3 A guarda como elemento do poder familiar

Como elemento do poder familiar, a guarda é concomitantemente um direito e um dever dos pais, ou seja, o direito de manter os filhos no convívio familiar, regulando as relações e o dever conferidos aos genitores de zelar pela vida e segurança dos filhos, assim como de cuidar, de proteger e de exercer vigilância sobre estes, para saber onde estão e com quem, para aonde vão e se estão acompanhados de algum adulto, visando assegurar que estão resguardados de qualquer perigo.

⁴³ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 31.

Entretanto, há que se diferenciar a guarda da companhia. Segundo distinção apresentada por Kátia Regina Maciel: “Enquanto a guarda é um direito/dever, a companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem exercer a guarda.”⁴⁴

No caso de dissolução da relação conjugal, a guarda pode ser exercida por apenas um dos genitores ou por ambos, denominada, respectivamente, de guarda unilateral e compartilhada.

Cabe salientar que, o exercício da guarda não se confunde com o do poder familiar e que nos casos de separação, mesmo que a guarda seja unilateral, o poder familiar permanecerá com ambos os genitores.

⁴⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Poder Familiar**. In: _____ (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 81

Assim sendo, aquele que não detém a guarda dos filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, conforme acordado com o outro genitor ou segundo determinação judicial, assim como fiscalizar sua manutenção e educação, conforme estabelece o Código Civil.⁴⁵

A visita é um direito recíproco do genitor não guardião e do filho ao convívio, independentemente da dissolução conjugal. Este direito constitui um dos principais motivos de conflito após a separação dos pais, afetando todas as partes envolvidas, mas em especial ao genitor que não detém a guarda e o filho, quando aquele que detém a guarda impede ou dificulta as visitas, dando origem a denominada Alienação Parental.

A respeito da convivência dos pais separados com os filhos, Kátia Regina Maciel destaca que:

[...] não convivendo mais o casal sob o mesmo teto, para o êxito do exercício da guarda, ambos os pais devem apresentar características essenciais de um bom guardião, valorizando a convivência familiar com o filho, mesmo que distanciada e não tão frequente. Dentre as mais importantes características do exercício adequado da guarda podemos mencionar três indispensáveis: amor e laços afetivos com a criança; saber ouvir e acatar a sua preferência, sem induzi-la e ter a habilidade de encorajar a continuidade de sua relação afetiva com o não-guardião, sem rancor ou críticas a este.⁴⁶

⁴⁵ Art. 1.589 do Código Civil

⁴⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Poder Familiar**. In: _____ (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 85

A separação dos pais não deveria afetar a relação destes com seus filhos, visto que, a convivência familiar é um direito ⁴⁷ constitucionalmente assegurado, visando o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Por isso, os filhos devem ser protegidos dos conflitos entre seus pais e garantido o direito ter em sua companhia o genitor não guardião. Para tanto, o Estado deve instituir mecanismos para garantir que este convívio familiar com os genitores se eternize.

2.4.4 O interesse do menor

Com a separação dos pais, caberá na guarda tratar do destino, criação e educação do filho menor, tendo como prioridade a maior o interesse deste.

Eduardo de Oliveira Leite explica que, a análise do que a lei deseja expressar como sendo “interesse do menor”, o interesse do menor serve, primeiramente de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais.⁴⁸

⁴⁷ Art. 227. da Constituição Federal de 1988

⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.

Assim na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício do direito dever de guarda.

O interesse do menor é utilizado pelo juiz como critério de solução, quando em caso de divórcio, por exemplo, tiver que atribuir a autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas a um dos pais durante a apreciação da ação em questão.⁴⁹

Ana Maria Milano Silva ressalta que, arbítrio judicial tem extrema importância nas questões familiares que envolvem crianças ou adolescente e que exigem decisões sob a ótica da prioridade do interesse dos mesmos. A bem dizer a análise judicial deve se dar na direção de cada situação fática,

Levando se em consideração também as condições pessoais dos genitores, tais como: condições materiais (atividades profissionais, renda mensal, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou não da existência de lares) e condições morais (vínculo de afetividade entre os pais e os filhos, círculo de amigos, ambiente social, qualidade de cuidados etc.). Esses são alguns elementos que podem servir ao juiz, que lhe permitem descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o interesse do menor.⁵⁰

⁴⁹ Ibidem. p. 96

⁵⁰ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit. p.61

No entanto, há outras maneiras para que seja protegido o interesse do menor, como por exemplo: a idade da criança, visto que no começo de sua vida tem uma relação mais dependente da mãe, principalmente pelo aleitamento materno, devendo nesse caso a guarda ser definida com base a uma necessidade especial. Outro exemplo, é no caso de existirem outros irmãos, evidentemente que não deve se separá-los, partindo-se da premissa que é importante manter o restante da família unida.

Eduardo de Oliveira Leite, conclui “o acordo entre pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto de que ninguém melhor que o pai conhece seus filhos e sabe o que é melhor para o futuro dos mesmos”.⁵¹

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 198

O melhor interesse da criança e do adolescente foi consagrado no preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, que foi ratificado no Brasil em 26 de janeiro de 1990, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgado pelo decreto Presidencial nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, nos seguintes termos:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

2.4.5 Espécies de guarda

O Código Civil, depois de versar sobre o divórcio e a separação judicial, destina um capítulo à proteção da pessoa dos filhos, estabelecendo 03 (três) espécies de guarda dos filhos: a compartilhada, a unilateral ⁵² e a concedida a terceiros ⁵³.

2.4.5.1 *Guarda unilateral*

A guarda unilateral não confere aos pais o direito de igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, uma vez que, o não detentor da guarda fica sendo um mero coadjuvante ao longo da vida dos filhos.

Ana Maria Milano Silva assevera que:

⁵² Art. 1.583 do Código Civil

⁵³ Art.1.584, § 5º do Código Civil

Modalidade é de exclusividade de um só dos progenitores, o qual detém a “guarda física”, que é a de quem possui a proximidade diária do filho, e a “guarda jurídica”, que é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor. Onde se prepondera a guarda instituída a mãe, embora a guarda paterna venha se avolumando, pelas transformações sociais e familiares, este que dirige e decide tudo que envolve o menor.⁵⁴

Ressalte-se que tal modalidade de guarda será apreciada sempre que não houver consenso entre os genitores e por determinação judicial, cabendo a apenas um dos genitores o pleno e verdadeiro exercício do poder familiar.

2.4.5.2 *Guarda compartilhada*

Espécie de guarda em que, apesar da cessação do matrimônio ou da união estável, ambos os genitores são titulares e a exercem de modo flexível, existindo uma alternância entre eles, mas não é atendido um cronograma fixo e rígido.

A principal finalidade da guarda compartilhada é tornar possível, aos pais que não convivem com os filhos, a manutenção do vínculo afetivo, mesmo com a separação conjugal, mantendo assim, os laços que uniam pais e filhos. A lei pretende conceituá-la como um sistema de corresponsabilidade, no dever dos pais, em caso de cessação da união conjugal, oportunidade em que os pais exercem a guarda em condições de igualdade.

Como bem pontua o professor Caio Mário da Silva Pereira:

Merece destaque neste momento da redefinição das responsabilidades maternas e paternas a possibilidade de se pactuar entre os genitores a “Guarda Compartilhada” como solução oportuna e coerente na convivência dos pais como os filhos na Separação e no Divórcio.⁵⁵

⁵⁴ SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. ed. de Direito. São Paulo, 2005. p.61.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.5. p. 185

Antes mesmo das alterações nos dispositivos do Código Civil, em alguns casos a guarda compartilhada já era estabelecida, contudo o Brasil é um país com forte tendência legisladora, deste modo, se fazia necessária uma lei, que pudesse amparar as decisões de acordo com seus ditames.

A guarda compartilhada possibilita adequar às relações entre pais e filhos, para que o afeto e a afinidade não diminuam ou se extingam, proporcionando aos filhos maiores estabilidade emocional, assim como melhor desenvolvimento psicológicos e minimizando a perda das referências de seus genitores.

Carlos Roberto Gonçalves cita que:

O art. 1583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada com “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.”⁵⁶

⁵⁶

A guarda compartilhada tem a finalidade favorável de conceder ao filho menor a chance de conviver e de ter um contato maior com ambos os pais, havendo uma coparticipação deles em igualdade de direitos e deveres. Assim, o referido instituto veio para tornar favorável a reorganização no interior da família e valorizar as relações afetivas, bem como para equilibrar as forças do poder familiar e trazer benefícios, não apenas ao foco principal que são os filhos, mas também aos pais e à comunidade social como um todo.

2.4.5.3 Guarda por terceiros, instituições e afins previdenciários

A guarda de terceiros, em tese, é o instituto de guarda que confere ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos genitores, como prevê o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os pais, contudo, não estão isentos de seus deveres de assistência e alimentos, visto que, o poder familiar não é afetado.

No tocante à instituição, esta ocorrerá quando não houver parentes, nem estranhos para cumprir o encargo de ficar com o menor, deste modo, ele será colocado em uma instituição governamental ou não. O Estado a partir deste momento tem a obrigação de garantir ao menor os direitos fundamentais elencados no artigo 227 da Constituição Federal/88.

2.4.5.4 Guarda Alternada

Tal modalidade de guarda não foi positivada em nossa legislação civil, considerando-se a adoção do sistema dual pelo legislador, conforme possível se extrair do artigo 1583 do Código Civil, pois “não há outra espécie de guarda de criança ou adolescente que não a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Assim, (...) a lei civil não admite outra espécie de guarda além das expressamente previstas”.

Apesar de não encontrar respaldo na legislação brasileira, devemos citá-la haja vista que é moderadamente adotada – apenas em casos pontuais – e, mais importante, comumente confundida com a guarda compartilhada no Brasil:

“A desinformação de muitos sobre esse tipo de guarda proposta iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneceriam por um período na casa do pai, o que, dentre outros malefícios dificultaria a consolidação de

hábitos na criança, provocando instabilidade emocional”.⁵⁷

⁵⁷ LOPES, Cláudia Batista. “**Guarda Compartilhada valoriza papel do pai e da mãe**”. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-nov-28/guarda_compartilhada_valoriza_papel_pai_mae, acessado em 05/11/16.

Para entender a guarda alternada, podemos citar a definição trazida pelo Ilustríssimo doutrinador Waldyr Grisard Filho, que a entende da seguinte forma:

“A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.”⁵⁸[24]

Conseqüentemente, esta modalidade propõe que o tempo da criança seja igualmente dividido entre seus genitores, alternando-se entre a residência paterna e a materna, em espaços de tempo pré-determinados, que poderiam ser elegidos pelos genitores de acordo com sua vontade (quinzenal, mensal, semestral ou anual).

Conforme a definição acima exposta é possível fazer um paralelo entre esta modalidade com a guarda unilateral, visto que por certo espaço de tempo, apenas um dos pais exerce a guarda sobre o filho, alternando-se entre eles tal responsabilidade.

Desta maneira, apesar de a guarda não ser de apenas um o tempo todo, também não é compartilhada entre os genitores, detendo apenas um deles, em determinado tempo, a guarda total e unilateral do filho que se encontra sob seu poder.

Portanto, o genitor que detenha a guarda alternada é no espaço de tempo em que a exerce titular integral do poder familiar e dos direitos e deveres que o compõem. Existe assim, uma alternância na titularidade da guarda.

Esta modalidade ainda contempla uma forma diferente para sua adoção, que, visando amenizar a ansiedade da criança com a constante mudança entre as residências de seus genitores, possibilita que as crianças continuem morando sempre na mesma casa, mantendo assim a rotina com a qual estão acostumadas. Ocorre que, obviamente, trata-se de uma modalidade de alto gasto, pois para sua adoção seriam necessárias três residências, uma para mãe, outra para o pai e outra para que os filhos recebam, alternadamente, cada um de seus pais.

No entanto, apesar de aplicável em casos concretos específicos, a doutrina tem se mostrado fortemente contra a adoção desta modalidade, por entender que se trata “do reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de

⁵⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pg. 106.

divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança”⁵⁹

⁵⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**; São Paulo: Atlas, 2008, pg. 60

Não obstante alguns efeitos positivos para o infante, a doutrina entende que este “pode perder o referencial de lar, o que é prejudicial para o seu bom desenvolvimento psicoemocional. Nesse tipo de guarda a criança ou adolescente não tem, a rigor, residência fixa habitual, permanecendo ora com a mãe, ora com o pai, situação que proporciona inevitável instabilidade emocional. A alternância entre as residências materna e paterna pode ser desestabilizadora para a prole, levando à perda da habitualidade, continuidade e rotina seus vínculos e afazeres cotidianos”.⁶⁰

⁶⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: uma nova realidade**. Coordenadores: COLTRO, Antonio Carlos Mathias e DELGADO, Mario Luiz. São Paulo: Editora Método, 2009, pg. 44.

No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial majoritário que rechaça, na maior parte das vezes, e com raras exceções pontuais, a possibilidade da aplicação de guarda alternada, conforme possível se extrair de trecho do voto abaixo transcrito:

“De se ressaltar, ainda, que a custódia física conjunta, preconizada na guarda compartilhada, em muito se diferencia da guarda alternada. Na guarda alternada, a criança fica em um período de tempo semana, mês, semestre ou ano sob a guarda de um dos pais que detém e exerce, durante o respectivo período, o Poder Familiar de forma exclusiva. A fórmula é repudiada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pois representa verdadeiro retrocesso, mesmo em relação à guarda unilateral, tanto por gerar alto grau de instabilidade nos filhos - ao fixar as referências de autoridade e regras de conduta em lapsos temporais estanques - como também por privar o genitor que não detém a guarda de qualquer controle sobre o processo de criação de seu filho. A guarda compartilhada, com o exercício conjunto da custódia física, ao revés, é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação. O estabelecimento de um lapso temporal qualquer, onde a custódia física ficará com um deles, não fragiliza esse Norte, antes pelo contrário, por permitir que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e, em outro momento, do contato paterno, habilita a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. É de se frisar que isso só será conseguido se o Poder Familiar, na sua faceta de coordenação e controle da vida dos filhos, for exercido de forma harmônica, sendo esse o desafio inicialmente colocado. In casu, a fixação da custódia física em períodos de dias alternados primeiro observou as peculiaridades fáticas que envolviam pais e filho, como a localização de residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor. Posteriormente, decidiu-se pela viabilidade dessa custódia física conjunta e a sua forma de implementação. Quanto à fórmula adotada, apenas diz-se que não há fórmulas, pois, tantos arranjos se farão necessários quantos forem os casos de fixação de guarda compartilhada, observando-se os elementos citados e outros mais, que na prudente percepção do julgador, devam ser avaliados. Contudo, reputa-se como princípios inafastáveis a adoção da guarda compartilhada como regra, e a custódia física conjunta como sua efetiva expressão. Dessa maneira, não prospera igualmente o pleito do recorrente quanto à inviabilidade de fixação de lapsos temporais de convívio alternados.”⁶¹

⁶¹ Recurso Especial 1251000/MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Nancy Andrichi, j. Em 23.08.11.

No próximo capítulo, será abordado a questão da Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental, sua conceituação e teorização, algo que recentemente não se levava em consideração no ordenamento jurídico e passou a ter relevância nessa última década.

3 – ALIENAÇÃO PARENTAL: ELEMENTOS CONCEITUAIS E TEÓRICOS

3.1. Origem

A origem da alienação parental está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, conseqüentemente, maior aproximação dos pais com os filhos.⁶²

⁶² WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família**. São Paulo: Método, 2009. p. 43.

Assim, diante da dissolução da união conjugal, os pais passam a discutir pela guarda dos filhos, o que seria impensável até pouco tempo atrás. Anteriormente e de modo natural, a guarda dos filhos era entregue à mãe e restando ao pai somente o direito de visitas em dias e horários predeterminados, geralmente em fins de semana intermitentes. Os encontros impostos de modo obrigatório, entretanto, não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que somente a convivência traz. Deste modo, com o enfraquecimento dos elos da afetividade, ocorre o distanciamento, tornando, as visitas esporádicas, podendo os encontros acabarem se tornando uma obrigação para o pai e, na maioria das vezes, um suplício para o filho.⁶³

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Revista da Ajuris-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano XXXIV- nº105, março de 2007, Maria Berenice Dias. p. 315

Além disso, o rompimento da relação conjugal pode gerar no genitor, normalmente naquele que detém a custódia, sentimentos de traição, de desejo de vingança, de abandono, de rejeição, de perda, inconformismo. Este passa inclusive, a utilizar o filho como “moeda de troca”, o progenitor alienante chantageia o outro, em nome do convívio com o filho.⁶⁴

O genitor que não consegue absolver adequadamente a separação e esta situação desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge, despertando uma tendência vingativa muito forte. Assim, ao perceber o interesse do outro em preservar a convivência com o filho, decide se vingar, da forma mais desumana possível, utilizando a criança como ferramenta principal do ódio e da vingança.⁶⁵

⁶⁴ DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Alienação parental e o papel do judiciário**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº 321, p. 46, jun. 2010.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Revista da Ajuris-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano XXXIV, nº 105, p. 316, mar. 2007.

3.2 Síndrome da Alienação Parental

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) se manifesta, geralmente, no ambiente em que a mãe detém a guarda das crianças, notadamente, para sua instalação necessita muito tempo e porque é ela que detém a guarda na maior parte das vezes. Todavia, pode se apresentar em ambientes de pais instáveis, ou em sociedades que por sua tradição a mulher não possui nenhum direito concreto.

O alienador é em 91% dos casos a mãe, o que se justifica tendo em vista que apesar das grandes mudanças nos papéis da família, a guarda única ainda assim é atribuída na maioria das vezes a favor da genitora.⁶⁶

⁶⁶ DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Alienação parental e o papel do judiciário**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº. 321, p. 46, jun. 2010.

Por esta razão, nomenclatura paralela concebida foi a de Síndrome da Mãe Maliciosa, ligada diretamente ao divórcio, quando a mãe impõe um castigo da mulher contra o ex-cônjuge, interferindo ou impedindo o direito de visitas e acesso aos filhos.⁶⁷

⁶⁷ FREITAS, Douglas Fhillips; PELLIZARRO, Graciela. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 18.

Segundo Douglas Freitas e Gracieli Pellizarro, alguns estudiosos que se aprofundaram a respeito do tema, resumiram que um ramo de estudo da Síndrome da alienação parental, além da Síndrome da Mãe Maliciosa, encontra-se na Síndrome da Interferência Grave, bem como citam a definição dada esta síndrome por José Manuel Aguilar Cuenca, que é: A postura do progenitor que se nega ao regime de visitação ou acesso às crianças motivo pro ressentimento pelo ex-cônjuge, tal ressentimento pode ir desde a mágoa da separação ou pela falta de pagamento de pensão alimentícia'.⁶⁸

Existe uma diferença entre a alienação parental da síndrome de alienação parental: A alienação parental é o afastamento de um dos genitores, provocado pelo outro (guardião) de forma voluntária. Já o processo patológico da Síndrome diz respeito às sequelas emocionais e o comportamento que a criança vem a sofrer vítima deste alijamento.

A Síndrome de Alienação Parental, portanto, não se confunde com a alienação parental, visto que, àquela 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 detentor da guarda. A síndrome, por sua vez, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima da alienação parental.

Assim, enquanto a síndrome refere-se ao comportamento do filho que se nega categoricamente e obstinadamente a ter contato com um dos genitores e que já sofre as consequências provenientes do rompimento da relação, a alienação parental está relacionada ao processo desencadeado pelo progenitor que pretende afastar o outro progenitor do convívio com a criança/adolescente.

Essa conduta, quando ainda não for instalada a síndrome, é reversível e permite o restabelecimento das relações com o genitor preterido, com o concurso de terapias e auxílio do Poder Judiciário. O psicanalista e psiquiatra infantil Richard Gardner nos idos de 1985 classificou esse transtorno como:

⁶⁸

Ibidem. p. 18.

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 demeritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. 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.⁶⁹ Assim, a síndrome é resultado da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos genitores e das próprias contribuições do filho dirigidas à difamação do progenitor, objetivo dessa campanha.

Quanto mais tempo passa, mais o conflito se cristaliza e é mais difícil voltar atrás, por que motivo se faz necessário que medidas eficazes e urgentes sejam tomadas, para que se evitem danos maiores aos filhos, uma vez que, contagiado o filho pela SAP, o tempo se torna um inimigo implacável, iniciando-se uma contagem regressiva para que o dano se torne irreversível.

3.3 Alienação Parental

3.3.1 Definição

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. Como visto, a síndrome foi definida primeiramente nos Estados Unidos por Richard Gardner e difundida em 2001 por François Podevyn na Europa.

⁶⁹ GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP) Gardner, 2002.** (Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textossobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>). Acesso em: 05/11/2016.

Depois de pouco tempo, o tema despertou o interesse da área de psicologia e do direito, em razão do problema afetar ambas as áreas. A psicologia jurídica busca um melhor entendimento dos fenômenos emocionais que acontecem com as partes envolvidas nos processos de divórcio ou separação, e os filhos.⁷⁰

⁷⁰ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, editora, 2004, p.161

O ex-cônjuge, geralmente o detentor da guarda, que tenta afastar o filho do relacionamento com o outro genitor promove o que se denomina alienação parental. Tal situação pode dar ensejo ao aparecimento de uma síndrome, em que se verifica um apego excessivo e exclusivo do filho com relação a um dos pais e o distanciamento do outro.⁷¹

⁷¹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VIII, nº. 40, p. 6 e 7, fev-mar/2007.

Na alienação parental em grau leve, segundo Denise Maria Perissini da Silva ⁷², o filho principia a receber as mensagens e estratégias do alienador para prejudicar a imagem do outro genitor, mesmo ainda gostando dele, quer manter o contato e sai com ele nas visitas.

Ainda, de acordo, com a autora supracitada, no grau médio o menor começa a sentir a contradição/ambiguidade de sentimentos, ou seja, quer ficar com o genitor vitimado, mas ao mesmo tempo quer evitá-lo para agradar o alienador.

Por fim, a autora esclarece que no nível grave, desaparece a ambiguidade de sentimentos, completamente envolvida na relação de dependência exclusiva com o alienador, o que impede sua autonomia, o menor exclui e a rejeita completamente o genitor vitimado, passando ao ponto de verdadeiramente odiá-lo.

A criança vítima da Síndrome da Alienação Parental se nega terminantemente e obstinadamente a manter qualquer tipo de contato com um dos genitores, independentemente de qualquer razão ou motivo plausível. Trata-se na verdade, de um sentimento de rejeição a um dos pais, via regra incutido pelo outro genitor no infante, o qual, num primeiro momento, leva o filho a externar, sem quaisquer justificativas ou explicações plausíveis, somente conceitos negativos, verdadeiro ou não, sobre o progenitor alienado e que, com o passar do tempo, evolui para um completo e irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos.

A alienação parental é considerada uma patologia psíquica gravíssima que acomete o genitor que deseja destruir o vínculo da criança com outro, manipulando a afetivamente para atender motivos escusos.

Portanto, o fenômeno deriva de um sentimento neurótico de dificuldade de individualização, ou seja, o alienador não consegue perceber de o filho como ser diferente dele, utilizando-se de mecanismos para manter uma simbiose sufocante entre pai/mãe e filho como a superproteção, dominação, dependência e opressão sobre a criança.

Desse modo, quem comete a alienação parental torna-se o verdadeiro agressor da criança, se esquecendo da tamanha covardia que está cometendo, não se conscientizando que os vínculos parentais são essenciais para o equilíbrio psíquico da criança como um ser em formação e que seus pais são suas maiores referências.

⁷² SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p.76/77

O pai ou mãe acometido pela Alienação Parental não consegue viver sem a criança, tampouco admite a possibilidade de que o menor queira manter contatos com outras pessoas a não ser com ele/ela. Para tanto, utiliza-se de manipulações emocionais, sintomas físicos, isolamento da criança de outras pessoas, com o intuito de incutir-lhe insegurança, ansiedade, angústia e culpa. Podendo chegar até mesmo a influenciar e induzir a criança a reproduzir relatos bem graves, como supostas agressões de natureza física ou até mesmo sexual atribuindo-as ao outro genitor, com o objetivo único de afastá-lo do contato com a criança.⁷³

Segundo Denise Maria Perissini da Silva, na maioria dos casos, estes relatos não condizem com a realidade, não havendo veracidade alguma e repletos de inconsistências ou contradições nas argumentações, ou ambivalência de sentimentos, ou mesmo ausência de comprovação, por exemplo, resultado negativo de perícia médica. Contudo, tornam-se argumentos consistentes o suficiente para requerer ao Judiciário a suspensão do direito de visitas e/ou a destituição do poder familiar do outro progenitor (o suposto agressor).⁷⁴

⁷³ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p.44

⁷⁴ Ibidem, p.45

Destarte, na Alienação Parental não há nenhum abuso parental verdadeiro ou negligência por parte do alienado, casos em que a animosidade por parte do filho estaria plenamente justificada.

Assim, o detentor da guarda ao romper o laço da criança com o alienado, passa a ter o controle total da situação, fortalecendo cada vez mais seu vínculo doentio com o filho, fazendo com que a relação dos dois se torne cada vez mais unificada e inseparável, em que o genitor alienado se torna um invasor ou um intruso a ser afastado a todo custo.

Logo, quando o genitor é incapaz de separar sentimentos e utiliza da perversidade por sua parte e da inocência de seu filho para atingir o outro genitor, o detentor da guarda não tem condições de exercê-lo sozinho, de tal modo que a melhor opção no caso de constatada a AP é a aplicação da guarda compartilhada.

3.3.2 O Alienador

A alienação parental pode ser cometida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham o menor sob sua guarda, autoridade ou vigilância. Na maioria dos casos opera-se pelo pai ou pela mãe, ou até mesmos pelos dois. As interferências na formação psicológicas do menor não se baseiam sobre sexo, masculino e feminino, mas sobre a estrutura da personalidade e sobre a natureza do relacionamento antes da separação do casal.⁷⁵

⁷⁵ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p.53

No caso da mãe alienadora, apesar das grandes mudanças, é favorecida pela imagem de que a mesma dedica mais tempo aos filhos, e para complementar a sua personagem se encobre de todos os meios verbais e teatrais de “mãe protetora”, “zelosa”, que “se sacrifica” pelo filho, para compensar qualquer “omissão” e “ausência” imputadas à figura do pai de maneira falsa, o que dificulta a punibilidade da maioria das mães durante as manobras de alienação parental. Visto que, ela pode até ser certa forma “boa mãe” de fato, que se “preocupam” com o bem-estar e as necessidades do filho, são carinhosas e afetivas. Todavia, estes comportamentos politicamente corretos, são usados para encobrir manobras insidiosas e mascaradas para afastar o pai do convívio com o filho.⁷⁶

⁷⁶

Ibidem. p.54.

Denise Maria Perissini da Silva destaca em seu livro que na maioria dos casos, a SAP é praticada pelas mães, pessoas de certa forma santificadas pela sociedade e pela justiça, mas quando se tornam ex-mulheres podem se transformar em seres levianos e egoístas. Segundo a autora supracitada, em pesquisa feita pelo IBGE em 2002, constatou-se que 91% dos casos de alienação parental são as mulheres que praticam.⁷⁷

⁷⁷

SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. Cit. p. 54

Quando provocada especificadamente pelo pai não guardião, que manipula o menor durante o período de visita e o influenciando a solicitar para ir morar com ele, criando subsídios para requerer a reversão judicial da guarda. Alegando na ação conduta moral reprovável, maus tratos ou negligência com o filho, ou mesmo acusações infundadas e de falsa agressão física e/ ou sexual contra o menor, motivado pelo anseio de vingança contra a ex-mulher e/ou afirmar-se socialmente no papel de “bonzinho”.⁷⁸

⁷⁸ SILVA, Denise Maria Perissini da. Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso? São Paulo: Autores Associados Ltda p. 54

Entretanto, há outros motivos que levam o pai a praticar a alienação parental, como exemplo, a necessidade de continuar mantendo o controle sobre a família ou até mesmo para evitar o pagamento de pensão alimentícia. Para tanto, a figura do pai alienador também pode utilizar dos meios financeiros favoráveis para alienar seus filhos.⁷⁹

⁷⁹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano VIII- n. 40, Fev Mar 2007, p. 9.

Cabe ressaltar que a Síndrome de Alienação Parental pode ser praticada por terceiros: sogra (o), padrasto, madrasta, irmão (ã), avós, tios, amigo (a) da família que oferece conselhos insensatos, até mesmo por um profissional antiético (psicólogo, advogado, assistente social, médico e etc.), interessados por algum motivo na dissolução da união do casal. Se o alienador, verdadeiramente, for um parente, há certa psicopatologia estrutural da pessoa, ou nos vínculos familiares, para que ocorra a persuasão do genitor a cometer a Síndrome de Alienação Parental contra o outro genitor, utilizando o menor para isso.⁸⁰

Diante dessa situação, verifica-se a importância do Instituto da Guarda Compartilhada em razão da aplicação como forma de coibir, identificar e sanar tal síndrome, uma vez que a criança será acompanhada por ambos os genitores. O afastamento da figura de um dos genitores do seio familiar enseja uma orfandade psicológica no infante, acompanhada de sentimentos negativos. Por este motivo, quando o amor entre os pais acaba, deve ainda permanecer o respeito entre eles, tendo em vista que os deveres e obrigações paternas e maternas são eternas e precisam ser bem exercidos, a despeito das frustrações afetivas.

3.3.2.1 *Comportamentos do Alienador*

⁸⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. Op. Cit. p.54.

Denise Maria Perissini da Silva aponta que o processo de alienação pode assumir duas formas principais: obstrução a todo contato e as denúncias falsas de abuso (sexual ou emocional).⁸¹

⁸¹ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p. 56

No entanto, numa observação superficial, o alienador é aquele que está aparentemente sempre “disponível” a ajudar na aproximação entre o genitor e o seu filho. Normalmente, é ele quem “oferece” a visitação perante o juiz, alegando estar pensando pura e simplesmente no interesse do menor. Todavia, em uma visão mais aprofundada, este comportamento ocorre tão somente visando, especificamente, a manutenção da guarda e, conseqüentemente, o controle do filho, que é o objetivo principal do alienador.⁸²

Portanto, ao se decidir pelo compartilhamento da guarda, já seria uma maneira eficiente de evitar a alienação, uma vez que estaria se combatendo o primeiro princípio da síndrome. Com o compartilhar da guarda dos filhos, cessaria com o desejo de poder por apenas uma das partes, origem da alienação parental, o que traria solução para o problema da Síndrome de Alienação Parental.

Por outro lado, a guarda única confere ao detentor a habilitação no controle e capacidade de monopolizar a vida do filho. O alienador tendo este poder, o utiliza de forma extravagante, no intuito maior de desestabilizar e desequilibrar a relação entre pai e filho. Diante da vantagem que detêm com relação ao ente alienado, o progenitor alienador se prevalece da superioridade para alcançar seus objetivos.

Embora se verifique a dificuldade em apresentar com segurança uma lista de características que possibilite identificar o perfil de um genitor alienador, alguns comportamentos e sinais de personalidade são indicativos de alienação, como a dependência, baixa autoestima, condutas de desrespeito às regras, hábito obstinado de atacar as decisões judiciais, litigância como modo de prorrogar o conflito familiar e de rejeitar a perda, sedução e manipulação, dominação e imposição, queixumes, histórias de abandono ou ao invés de conquistas afetivas, resistência a ser avaliado e resistência, recusa ou falso interesse pelo tratamento.⁸³

⁸² Ibidem. p. 57/58.

⁸³ LIMA, Marília Souza de. Direito Civil: **Alienação Parental**. (Disponível em: www.webartigos.com/articles/23279/1/DIREITO-CIVIL-ALIENACAOPARENTAL/pagina1.Html#ixzz0xB5C8rvD). Acesso em: 05/11/16.

O discurso do alienador, de uma maneira geral, é linear e repetitivo no sentido de querer somente o bem-estar da criança/adolescente, bem como a manutenção da relação do outro genitor com o seu filho, mas suas atitudes são opostas ao que é declarado. Na verdade, impõem todos os obstáculos possíveis para obstar ou dificultar a convivência entre o menor e o genitor afastado.⁸⁴

Denise Maria Perissini da Silva menciona como comportamentos clássicos de um genitor alienador os seguintes:

⁸⁴ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p.58.

• Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos; • Organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor normalmente iria exercer o direito de visitas; • Apresente o novo cônjuge ou companheiro aos filhos como seu “novo pai” ou sua “nova mãe”; • Interceptar a correspondência dos filhos (por quaisquer meios: internet; MSN, Orkut, torpedos, cartas, telegramas, etc.); • Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos; • Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos; • Recusar a prestar informações ao outro genitor sobre as atividades extraescolares em que os filhos estão envolvidos; • Envolver pessoas próximas (mãe, no cônjuge e etc.) na “lavagem cerebral” dos filhos; • Impedir o outro genitor de exercer o seu direito de visita; • “Esquecer-se” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos); • Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor (escolha da religião, escola, etc.); • Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos; • Sair de férias sem os filhos, deixando-os com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos; • Proibir os filhos de usar a roupa e outras ofertas do genitor; • Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira; • Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos; • Ameaçar frequentemente com a mudança de residências para um local longínquo, ou para o estrangeiro; • Telefonar frequentemente (sem razão aparente) para os filhos durante as visitas do outro genitor.⁸⁵

Além desses comportamentos anteriormente elencados, Mônica Jardim Rocha acrescenta ainda os seguintes:

⁸⁵ Ibidem. p.55/56.

• Fazem chantagens emocionais. Dizem como se sente abandonado e só durante o período que o menor se encontra com o outro genitor; • Restringem e proíbem a proximidade dos filhos com parentes da família do ex-cônjuge. • Encaram o ex-cônjuge como um fator impeditivo para a formação de uma nova família. (normalmente porque idealizam uma nova vida, imaginando poder substituir a figura do pai pela do padrasto, o que não seria possível com a proximidade do ex).⁸⁶

Segundo Denise Maria Perissini da Silva, há certas frases verbalizadas pelo genitor alienador, ditas separadamente ou conjunta, que se tornam consistentes indícios da imputação de alienação parental:

- “Cuidado ao sair com seu pai (mãe). Ele (a) quer roubar você de mim. ” - “Seu pai (sua mãe) abandonou você! ” - “Seu pai (sua mãe) me ameaça, ele (a) vive me perseguindo! ” - “Seu pai (sua mãe) não nos deixa em paz, vive chamando ao telefone. ” - “Seu pai (sua mãe) é desprezível, vagabundo (a), inútil...” - “Vocês deveriam ter vergonha do seu pai (sua mãe)! ” - “Cuidado com o seu pai, ele pode abusar de você! ” - “Eu fico desesperada quando você sai com o seu pai! ” - “Seu pai é muito violento, ele pode bater em você! ”⁸⁷

⁸⁶ ROCHA, Mônica Jardim. **Síndrome de Alienação Parental: a mais grave forma de abuso emocional**. In: PAULO, Beatrice Marinho (coord.). Psicologia na Prática Jurídica: a criança em foco. Impetus, 2009

⁸⁷ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p.55/56.

Pais acometidos pela alienação parental, não conseguem vislumbrar que o outro genitor, considerado agora inimigo, poderia ser o maior aliado nos casos de compartilhamento da guarda, ao dividir das responsabilidades para com os filhos, sendo este o maior beneficiado.

3.3.2.2 Implantação de falsas memórias

As falsas memórias são as crenças improcedentes de situações de agressão física e/ou abuso sexual que o menor imputa ao genitor alienado, reiterando tal “relato” a várias pessoas, por vezes despreparadas ou não conhecedoras do motivo, a ponto de marcar as informações como se a lembrança fosse autêntica, chegando até mesmo a apresentar as mesmas reações psicossomáticas de uma criança verdadeiramente molestada.⁸⁸

A acusação de abuso sexual é considerada uma das formas mais sórdidas de alienação parental, caracterizado em grau grave da Síndrome de Alienação Parental, indo além das habituais manobras para obstar o contato do filho com o seu genitor, como por exemplo, não dar recado deixado por telefone ou não avisar de reunião na escola. São cada vez mais frequentes nas delegacias de policias a identificação de falsas acusações de abuso sexual.⁸⁹

⁸⁸ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p.77

⁸⁹ . Ibidem. p. 90

Conforme mencionado anteriormente, o alienador age de forma insidiosa e mascarando a sua verdadeira finalidade, impossibilitando identificar com facilidade que o menor está sendo submetido à Síndrome de Alienação Parental.

O genitor alienador utilizando-se manobras diversas, estratégias legais, mas nem sempre consideradas legítimas, para afastar o progenitor alienado da vida do filho. Porventura a mais grave e a mais devastadora, considerada a mais ilícita de todas é a instigação dos filhos a implantar inverídicas acusações de abuso sexual contra o genitor alienado. Visto que, além de lesar a sua moral, manchará para sempre a reputação do falsamente acusado.⁹⁰

⁹⁰ Ibidem. p. 90.

Deste modo, torna-se quase que inevitável à destruição da relação entre o filho e o genitor alienado, uma vez que é conduzido a se afastar do convívio mais próximo seu pai (sua mãe) que também a ama. A criança diante desta indução começa a considerar verdadeiro tudo que lhe é transmitido de maneira leviana e desonrosa, o menor acaba se identificando cada vez mais com o genitor alienador. Para agravar a situação, nas falsas denúncias de abuso sexual estão presentes às consequências similares às que acontecem em abusos verdadeiros.

Em determinados momentos da vida da criança essa manobra sórdida encontrará abrigo em algum período do crescimento psicosssexual infantil, assim como na relevante questão de fantasia e do desejo. ⁹¹

⁹¹ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental o que é isso?** São Paulo. Ed. Autores Associados Ltda, março de 2010, p.90

Torna-se quase que incompreensível o procedimento do alienador, que movido por um ressentimento (a figura da mãe ou do pai), utilize-se de um ser inocente e puro, como um instrumento de leviandade de seu comportamento egoísta e monstruoso, levando o filho a acreditar nas falsas memórias e a ser submetido a tal ponto de crueldade.

De acordo com Maria Berenice Dias a respeito desse assunto:

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o genitor distingue mais 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.⁹²

Logo, tamanha é a manipulação que o alienador impõe sobre o filho, mediante procedimentos de sedução, ameaças de abandono, “chantagens emocionais”, confidências, dentre outros, que acaba se tornando o recurso mais importante para que a criança movida pelo pacto de lealdade com este, comece a estruturar como real o abuso sexual que não nunca aconteceu.

A criança não tem noção da dimensão e da gravidade das acusações a que foram incitadas a formular, principalmente, das possíveis consequências de suas declarações ilusórias para ela para o progenitor alienado.

A psicóloga clínica e jurídica, Denise Maria Perissini destaca que:

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Falsas Memórias.** (Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona54/54PPEDias.htm>). Acesso em: 05/11/2016.

O fato mais grave de toda a acusação de abuso sexual/físico é que, diante da repetição do relato, isso vai além da mera suposição de que a criança acredita no que verbaliza: a criança estrutura memórias, chegando a afirmar que “se lembra” dos fatos que não ocorreram ou de pessoas que desconhece.⁹³

Diante dessa delicada situação cabe ao Poder judiciário tomar as providências pertinentes, nem sempre justas, mas “compreensíveis”, perante complexibilidade do caso, a verdadeira faca de dois gumes, onde se vê de um lado o dever de agir de imediato, tendo em vista a gravidade da situação, e do outro lado à apreensão perante a veracidade da denúncia.

Por certo que para qualquer cidadão ser acusado por algo que não cometeu já é revoltante, imagine quão dolorosa é a dor de um pai inocente ao ser acusado de algo tão horrendo como o de abuso sexual contra seu filho.

O juiz determinará as medidas a que fizerem necessárias, a fim de assegurar a proteção da criança, suspenderá as visitas e determinará estudos psicológicos e sociais. Entretanto tais procedimentos são demorados, o que prolongará mais ainda o sofrimento de um pai de ser acusado de algo que não cometeu e de ter seu filho retirado de seu convívio durante todo o período que durar o processo.⁹⁴

⁹³ PERISSINI, Denise Maria. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental o que é isso?** São Paulo: Ed. Autores Associados Ltda, março de 2010, da Silva, p.93

⁹⁴ Ibidem. p.103.

Em razão da dificuldade de se gerar provas que comprovem que o abuso não ocorreu, a situação se potencializa, na maioria das vezes, com o afastamento do pai do seu filho, aguardando que se consiga constatar a inexistência do ocorrido.

Maria Berenice Dias, advogada e especialista em Direito de família, ressalta o dilema que recai sobre o juiz diante da incerteza: “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.”⁹⁵

A imputação do crime de abuso sexual, especialmente contra crianças é uma mácula na vida do genitor acusado, sendo que jamais se extirpara de todo, a revolta e a indignação do pai, até mesmo pela forma como será tratado e visto por sua família e pela sociedade, principalmente pelo filho, mediante a injustiça e vergonha fará com que o genitor desista de tentar o contato com o filho, rompendo-se de vez o vínculo familiar.⁹⁶

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Falsas Memórias**. Revista Persona. (Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona54/54PPEDias.htm>). Acesso em: 05/11/2016.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Falsas Memórias**. Revista Persona. (Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona54/54PPEDias.htm>). Acesso em: 05/11/2016.

3.3.2.3 *Consequências para os filhos*

A criança submetida à síndrome de alienação parental sofrerá as sequelas deste processo patológico, que comprometerá de forma definitiva (na maioria esmagadora dos casos) o seu desenvolvimento.

Os efeitos da síndrome na criança são devastadores, ela já sente a perda de um contato, que anteriormente era seu referencial. A Dra. Guydia Patrícia Dias Costa compara a magnitude de tal perda à morte de um dos pais, o avô a avó, e os familiares próximos e amigos, todos de uma só vez. A criança apresenta comportamentos anormais de ansiedade, inquietação, nervosismo excessivo, depressão, transtornos no sono, agressividade exacerbada, dependência emocional pelo genitor com quem vive o alienador, dificuldades na expressão e compreensão das emoções.⁹⁷

Cabe ressaltar que, ao atingir a fase adulta ela poderá desenvolver outras patologias, como transtornos da personalidade, baixa autoestima, insegurança e etc., refletindo nas suas relações pessoais. Além disso, é possível que venha a padecer de sentimento de culpa por ter cooperado – ainda que em decorrência de manipulação – para o seu afastamento do outro genitor.⁹⁸

⁹⁷ DIAS, Arlene Mara de Souza, **Revista Jurídica Consulex**, Ano XIV, nº. 321, junho de 2010, p. 47

⁹⁸ *Ibidem*. p.47

A reconstrução do vínculo familiar quando ocorre, é de forma lenta e infelizmente dolorosa para o filho (vítima da alienação parental), pois partirá da premissa de aquele em quem mais confiava, o ente alienador, o manipulou, mentiu e o enganou para satisfazer seu desejo doentio de afastar o genitor alienado da sua vida.⁹⁹

⁹⁹ ULLMANN, Alexandra. **Da definição da Síndrome da Alienação Parental**. Adv Advocacia Dinâmica - seleções jurídicas, janeiro de 2009, p. 6.

A desconstrução de uma verdade anteriormente incontestável pela criança lhe trará sofrimento, mas também uma imensurável alegria e conforto, uma vez que não sentirá culpa ou medo de gostar de conviver com o genitor alienado e que jamais poderia ter sido retirado de seu convívio e de sua vida.

No próximo capítulo verificaremos como está sendo analisado pelo legislador e nossos tribunais, a questão da alienação parental, com foco no instituto da Guarda Compartilhada.

4 – APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL PELOS TRIBUNAIS

4.1 - O Judiciário e a Alienação Parental

O Projeto de Lei (PLC 20/10) teve o seu substitutivo aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família em 15 de julho de 2009, passando pela Comissão de Constituição e Justiça, sendo ratificado no Senado. No dia 26 de agosto de 2010 seguiu para a sanção Presidencial, surgindo, assim, a Lei nº. 12.318 que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Uma das características mais importantes da referida Lei é o seu caráter preventivo, deixando assim, nítido à sociedade que a conduta de alienação parental será repreendida juridicamente. Conforme anteriormente mencionado, o legislador inseriu no art.2º o conceito de alienação e a exemplificou no § único, inciso I a VII, do mesmo artigo.

Do mesmo modo, em seu art. 3º a Lei nº. 12.318/2010 deixa claro que o principal foco é direito fundamental a criança e o adolescente de convivência familiar saudável é a proteção da dignidade da pessoa humana.

Art. 3o A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Por conseguinte, dispõe no art. 4º como deverá agir o órgão Judiciário quando houver vestígios de alienação parental, não obstante a fase que se encontra processo, ou seja, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, a requerimento ou de ofício, consultando o Ministério Público, determinar as medidas preventivas elencadas na alusiva Lei, por se tratar de matéria de ordem pública relativa a proteção do menor.

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.

Conforme prevê o art. 5º da Lei em questão, o juiz poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial, se caracterizados atos ou condutas típicas de alienação. Visto que, por maior e mais ampla que seja a experiência do magistrado, a avaliação no caso concreto se há ou não alienação parental é de difícil percepção, ainda mais analisando atos isolados que podem passar como corriqueiros.

O assunto em razão das suas peculiaridades, verdadeiramente, necessita da perspectiva multidisciplinar. Por esta razão, o magistrado não pode deixar de obter os subsídios técnicos fornecidos por profissionais de diferentes áreas, como psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, para análise cautelosa do caso.

Assim sendo, os três parágrafos do art. 5º da Lei nº. 12.318/2010 estabelecem que:

§ 1o O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. § 2o A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. § 3o O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis¹⁰⁰, em razão dos processos envolverem assuntos relacionados à família, especificamente diante da necessidade de proteção do menor, citam Pietro Perlinieri que esclarece: A questão é delicada; também, a relação do juiz com os peritos. Para que o diálogo seja profícuo, o juiz deve possuir um especial profissionalismo que não seja apenas especialização técnico-formal, mas se baseie em uma vocação válida que o leve a compreender o universo menor-sociedade. Não somente uma especial aptidão à interdisciplinaridade, mas, também, uma acentuada sensibilidade para com o respeito ao livre desenvolvimento da pessoa na fase mais delicada de sua formação.

O magistrado poderá se utilizar os instrumentos processuais aptos a inibir ou

¹⁰⁰ FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental: Aspectos Materiais e Processuais da Lei nº 12.318, de 26-8-2010**, Saraiva, 2014, pg. 87

atenuar os efeitos da alienação parental. Dentre os meios de reprimir a síndrome ou alguma outra conduta que inviabilize a convivência do filho com genitor, a Lei prevê: advertir o alienador, estipular multa ao alienador, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, a suspensão da autoridade parental, acompanhamento psicológico e biopsicossocial, alterar a guarda para guarda compartilhada ou sua inversão.

Dispõe o art. 6º e os incisos I a VII:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; Portanto, se ficar configurado no processo a alienação parental, em razão das provas obtidas, o magistrado poderá adotar as providências para anular os efeitos já fomentados, visando a manutenção do convívio entre o genitor vitimado e seu filho.

A lista de medidas apresentadas no art. 6º da Lei nº 12.318/2010 é apenas exemplificativa, pois na prática há outras medidas que possibilitam a supressão das consequências da alienação parental, ou, ainda, pode o magistrado determinar a aplicação de duas ou mais medidas em conjunto, que entender necessárias para impedir a propagação dos danos alusivos à alienação parental.

O magistrado ao perceber que o processo de alienação se apresenta no seu início, pode declarar a ocorrência e advertir o alienador, sendo que esta medida poderá ser suficiente para cessar a conduta cesse e restabelecer a normalidade na relação com o genitor alienado.

A advertência deverá ser composta por um esclarecimento do resultado pernicioso que provocam a alienação parental, sobretudo com relação à criança envolvida, bem como das consequências da sua prática reiterada pode suscitar, com a aplicação das outras sanções prenunciadas na Lei 12.318/2010.176

Nas situações em que no processo de alienação parental ficar caracterizado os empecilhos produzidos pelo alienador no exercício do direito de convivência do parente alienado, uma maneira de afastar os efeitos nefastos dessa conduta é o juiz determinar a ampliação do regime de visitas anteriormente estipulado.

A aplicação da multa tem a prerrogativa de atingir o alienador diretamente nos seus

rendimentos as consequências da sua conduta, que busca de impedir o alienado da convivência com a criança/adolescente, porém, não há previsão expressa do destino da multa imposta e recolhida pelo alienador. Na melhor interpretação da questão, em decorrência dessa lacuna, o valor da multa deveria ser revertido em benefício do parente vitimado.

Conforme analisado, a alienação parental acontece por causa de um desvio de conduta por parte do alienador, motivada por sentimentos egoístas e mesquinhos em detrimento da criança, bem como do parente alienado. Por esta razão, uma das soluções mais apropriadas é determinar que o alienador se submeta a psicológico e/ou biopsicossocial, objetivando a readequação do seu comportamento.

Como visto, a alienação parental é cometida geralmente pela pessoa que detém a guarda da criança/adolescente, aproveitando-se do fato de ter o menor sob sua autoridade e estabelecendo uma relação de confiança em razão da sua maior proximidade, com o intuito de afastar o alienado da vida do menor. Deixando o alienador de observar com este comportamento o princípio do melhor interesse do menor, poderá ser determinada a alteração da guarda para a compartilhada, não sendo viável, deverá ser invertida a guarda (art. 6º, inciso V).

A Lei nº 12.318/2010 em seu art. 6º, inciso V, indica o instituto da guarda compartilhada como uma das sanções voltadas para a solução da alienação.

O compartilhamento da guarda torna-se a melhor prevenção à alienação parental e a solução mais eficaz contra a Síndrome de Alienação Parental. A mudança injustificada do endereço do menor é outro modo grave pela qual pode se revelar a alienação parental, pois, além de impedir o menor do convívio com seus familiares, ainda o priva das relações pessoais feitas com amigos da vizinhança e da escola, o que pode provocar muitos problemas no desenvolvimento psicológico do menor.

Assim, o magistrado observando que a alteração de residência objetiva promover a alienação parental, estabelecerá de forma cautelar o domicílio da criança/adolescente (art. 6º, inciso VI), podendo, também, inverter a obrigação de levar ou retirar o menor do domicílio do progenitor, no momento das alternâncias dos períodos de convívio familiar, responsabilizando este pelos meios para a sua efetivação (§ único do art. 6).

Nas situações em que o alienador não é o detentor da guarda do filho, mesmo assim ele ainda exerce sobre a criança/adolescente a sua autoridade parental, como por exemplo, estabelecendo regra, comportamentos, condições quando estão usufruindo conjuntamente do direito de visita. No entanto, por determinação judicial, para suprimir as

consequências da alienação parental, esta autoridade poderá ser suspensa.

A Lei nº 12.318/2010 dispõe no artigo 7º a respeito da atribuição e alteração da guarda, preferencialmente, para o genitor que melhor viabilize a realização do convívio do menor com o outro genitor, nos casos em que for inviável estabelecer a guarda compartilhada.

O artigo 8º da referida lei estabelece que a modificação da residência do menor não é fator essencial para se determinar a competência para as ações que tratam de direito de convivência familiar, exceto as que resultam de anuência entre as partes ou de decisão judicial.

A competência para apreciar e julgar as ações sobre a alienação parental é de natureza absoluta, em razão da matéria, por este motivo, não é possível às partes alterá-la, alegada a qualquer momento e grau de jurisdição, sendo que o juiz deve reconhecer de ofício a incompetência, sob pena de ocasionar nulidade dos atos decisórios praticados.

4.1.1 Dano moral decorrente de alienação parental

Com a promulgação da Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), fixação de danos morais em decorrência do “Abuso Moral” ou “Abuso Afetivo”, oriundos da alienação parental, embasada nos artigos 3º e 6º da referida Lei, passará a ser consenso tanto na doutrina como na jurisprudência, possibilitando ao menor vitimado e/ou o parente alienado pleitear tal indenização, visto que, não se trata de compensar o desamor, mas de buscar o ressarcimento pela conduta ilícita ou pelos atos abusivos visando a alienação parental.

O poder familiar é um instituto de proteção que é desempenhado pelos pais na representação do melhor interesse dos filhos, assim como na administração dos bens deste. Mas quando esta autoridade é empregada de maneira irregular, estamos diante de um autêntico abuso de direito, podendo o Estado exigir a observância das obrigações inerentes ao poder familiar e os pais responder pela negligência.

Na Lei nº 12.318/2010 o Legislador instituiu de maneira didática que a alienação parental transgredir o direito fundamental da menor, portanto, reconhecido o ato ilícito praticado proporciona a obrigação de indenizar. Complementando a questão, o art. 6º da alusiva Lei dispõe que todas as medidas impostas não excluem a “responsabilidade civil” a que está sujeita o alienador.

O dano à moral do visitante reflete-se na esfera sentimental e emotiva do visitado, que é, aliás, o detentor do maior interesse; então, ao ofender-se a moral de um, ofende-

se, muitos casos, os sentimentos do outro, de forma que ambos serão vítimas de um mesmo ato lesivo (descumprimento injustificado do acordo ou sentença).

A Jurisprudência, depois da constitucionalização do dano moral, conseguiu demonstrar sua capacidade de diferenciar aquilo que é digno ser indenizado e que não passa de mero dissabor do cotidiano, evitando assim, uma possível “indústria do dano moral”. Do mesmo modo acontecerá com o Abuso Afetivo, com decisões reguladas pela razoabilidade que concederá indenizações para ressarcir o vitimado pela prática de atos ilícitos provenientes da alienação parental, bem como penalizar/dissuadir o alienante de reiteração desses atos.

Diante do apresentado, torna-se evidente que o Judiciário deve contar com o auxílio de uma equipe interdisciplinar, composta de psicólogo e assistente social, com experiência no trato de questões relacionadas à alienação parental. A Síndrome de Alienação Parental é uma realidade que demanda celeridade no trato e o repúdio dos operadores do direito, uma vez que acarreta uma condição nefasta ao menor.

Torna-se imperioso que os juízes e os psicólogos das varas especializadas estejam preparados para analisar e identificar quando realmente está ocorrendo um ato de alienação parental nos seus mais diversos níveis.

Por fim, o magistrado deve valer-se de seu poder geral de cautela, tomando as medidas cabíveis quanto à efetividade dos dispositivos aplicáveis a cada caso.

Ressalte-se que cabe ao judiciário interferir de maneira eficaz no caso de alienação, a fim de evitar que a síndrome se instale, como também de resguardar os direitos da criança e do adolescente.

4.2 - Da possibilidade da guarda compartilhada na ausência de consenso entre os genitores.

Esse debate não é inédito na Jurisprudência, mas volta à tela ante a ausência de pacificação da matéria.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.596 - RS (20130376172-9)
EMENTA

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

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse

dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. 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.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

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

7. Recurso especial provido.

A demanda desse recurso tal qual elencada no recurso especial acima elencado e apreciada pelo Tribunal de origem, não se trata de dizer se existem condições para a implementação da guarda compartilhada na hipótese, e sim, discutir a vedação à apreciação da existência dessas condições, tão somente por ausência de consenso entre as partes quanto à sua implementação.

A guarda compartilhada – instituto introduzido na legislação brasileira apenas em 2008 –, pela sua novidade e pela complexidade que traz em sua aplicação, tem gerado inúmeras indagações, sendo a necessidade de consenso uma das mais instigantes, opondo doutrinadores que versam de maneira diversa sobre o tema e também a jurisprudência, ainda não pacificada quanto à matéria.

Os direitos assegurados aos pais em relação aos seus filhos são na verdade outorgas legais que têm por objetivo a proteção à criança e ao adolescente e são limitados, em sua extensão, ao melhor interesse do menor.

Corroborar o raciocínio a afirmação de Tânia da Silva Pereira e Natália Soares Franco no sentido de que:

A vulnerabilidade dos filhos deve ser atendida no intuito de protegê-los. Afastada a ideia de um direito potestativo, o poder familiar representa, antes de tudo, um conjunto de responsabilidades, sem afastar os direitos pertinentes. Assim é que, atender o melhor interesse dos filhos está muito além dos ditames legais quanto ao estrito exercício do poder familiar.¹⁰¹

Foi na busca dessa plena proteção do melhor interesse dos filhos que se positivou, no Direito nacional, a guarda compartilhada, pois esta reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual, em que cada vez mais ficam apenas na lembrança as rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

Sob a égide dessa antiga estratificação social, cunhou-se a tese de que o melhor interesse da criança, no mais das vezes, traduzia-se pelo deferimento da guarda à mãe, no caso de separação.

4.3 - Da guarda compartilhada como o ideal de relacionamento parental, pós-separação.

Ultrapassando essa visão estanque das relações de parentalidade, o art.1583 do Código Civil definiu a guarda compartilhada como sendo “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”.

Com essa definição, deu-se ênfase ao exercício do Poder Familiar de forma conjunta, mesmo após o fim do casamento ou da união estável, porque, embora se concorde que a separação ou divórcio não fragilizavam, legalmente, o exercício do Poder Familiar, na prática, a guarda unilateral se incumbia dessa tarefa.

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 – “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

¹⁰¹ DELGADO, Mário e COLTRO, Matia – Coordenadores. **Guarda Compartilhada**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, in: O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada - Pereira, Tânia da Silva e Franco, Natália Soares, pag. 357

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, na maioria 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.

A guarda compartilhada, apesar de tecnicamente não se traduzir em uma sensível alteração legal, dado que a interpretação sistemática das disposições relativas à guarda dos filhos já possibilitaria a sua aplicação, teve a virtude, para além de fixar o Poder Familiar de forma conjunta como regra, extirpar o ranço cultural que ainda informava a criação dos filhos no pós-casamento ou pós-união estável.

A partir do momento em que essa visão social se alterou para comportar, e também exigir, uma participação paterna mais ativa na criação dos filhos, geraram-se condições para que a nova disposição legal, mais consentânea com a realidade social de igualdade entre os gêneros, reavivasse o que está preconizado quanto a inalterabilidade das relações entre pais e filhos, após a separação, divórcio ou dissolução da união estável, prevista no art. nº 1632 do Código Civil.

Vem dessa linha de ideias a nova métrica para as relações de parentalidade pós-casamentos ou uniões estáveis: o Poder Familiar, também nessas circunstâncias, deve ser exercido, nos limites de sua possibilidade, por ambos os genitores.

Infere-se dessa premissa a primazia da guarda compartilhada sobre a unilateral.

Conclui-se, assim, que 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.

4.4 - Da necessidade de consenso para a atribuição da guarda compartilhada.

Contudo, a fixação do ideal não resolve a questão, mesmo quando da implementação do comando legal pressupõe ações dos atores envolvidos, principalmente dos pais, ou ainda, quando se discute algum pré-requisito necessário à consecução da

nova forma de pensar ou agir.

A inflexão em um determinado comportamento exige cautela, tanto por se estar abandonando padrões já testados, que embora tenham vícios, são conhecidos, como também por exigir fórmulas inéditas, não avalizadas pelo tempo, nem tampouco aferidas quanto à sua eficácia.

O consenso, como pré-requisito para a implementação da guarda compartilhada, é um dos elementos que se encontram em zona cinzenta, 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 para a guarda compartilhada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. Inviável, por ora, a instituição da guarda compartilhada do menor, ante a beligerância entre os genitores. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70065346595, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/08/2015).

(TJ-RS - AI: 70065346595 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 26/08/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/08/2015)

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, 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, ou *in casu*, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor.

Waldir Gisard Filho sustenta tese similar, ao afirmar que:

Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele "nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.¹⁰² ()

Como dito anteriormente, o influxo em uma linha de pensamento importa na adoção de novo paradigma e esse, na hipótese sob discussão, é desvelado quando se conjuga um projeto interdisciplinar de construção dos novos papéis parentais com os comandos legais aplicáveis à espécie.

Com a ação interdisciplinar, não se busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada.

Busca-se, por essa ação interdisciplinar primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre os pais; segundo, evidenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada, terceiro: construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência.

Por certo, esse procedimento preliminar demandará intenso trabalho de todos os envolvidos para evitar a frustração do intento perseguido, cabendo ao Estado-Juiz agir na função de verdadeiro mediador familiar, interdisciplinar.

É preciso alertar que as mudanças – defendidas com a guarda compartilhada – correm o risco de, muitas vezes, ter o destino em serem "mudanças para não mudar". A guarda compartilhada deve ser acompanhada de modificações no tratamento que o sistema dispensa aos jurisdicionados, e na possibilidade de elaboração das separações

¹⁰² GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pag. 205

com o planejamento da rotina futura da família transformada. Como apontado acima, a mediação familiar interdisciplinar pode ser via privilegiada para o estabelecimento da comunicação. Esta é uma combinação que tem dado resultado em diversos países. E previsto está o recurso aos profissionais técnicos e equipe interdisciplinar.

No entanto, mesmo diante de todo esse trabalho, não se pode descartar a possibilidade de frustração na implementação da guarda compartilhada, de forma harmoniosa, pela intransigência de um ou de ambos os pais.

Porém, ainda assim, ela deverá ser o procedimento primariamente perseguido, mesmo que demande a imposição estatal no seu estabelecimento, como se lê no § 2º do referido artigo de lei: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

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.

Cita-se aqui a reflexão de Rolf Madaleno, que embora defenda a inviabilidade da guarda compartilhada em caso de “inconciliáveis desavenças entre os pais”, mitiga sua afirmação argumentando que:

Talvez tenhamos que começar a olhar com mais atenção para os países de sangue frio, nos quais a guarda compartilhada é imposta independentemente da resistência ou contrariedade da concordância do outro genitor, no comum das vezes representado pela mãe, que vê no pai inimigo e coloca toda sorte de obstáculos para o estabelecimento de uma custódia repartida da prole. A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança, constituindo-se a guarda responsável em um direito fundamental dos filhos menores e incapazes, que não pode ficar ao livre, insano e injustificado, arbítrio de pais disfuncionais. A súbita e indesejada perda do convívio com os filhos não pode depender exclusivamente da decisão ou do conforto psicológico do genitor guardião, deslembrando-se que qualquer modalidade de guarda tem como escopo o interesse dos filhos e não o conforto ou a satisfação de um dos pais que fica com este poderoso poder de veto.

Talvez seja o momento de se recolher os bons exemplos de uma guarda compartilhada compulsória, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais, sob pena do

descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuda em unilateral.¹⁰³

Além da reiteração do que foi anteriormente declinado, extrai-se do excerto o vislumbre de que a guarda compartilhada não é uma decisão estanque, mas um processo que perdura, enquanto perdurar a incapacidade dos filhos.

Nessa linha de pensamento, o art. 1584 do Código Civil autoriza o julgador a fazer, no curso da guarda compartilhada, alterações nas prerrogativas inicialmente atribuídas aos pais para preservar, em primeiro lugar, o melhor interesse do menor e, como efeito secundário, sancionar o genitor que imotivadamente altere ou descumpra uma das cláusulas da guarda compartilhada.

Em extensão desse raciocínio, se houver substancial descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada por parte de um dos ex-cônjuges, poderá igualmente haver tão drástica redução das prerrogativas deste genitor, que se chegue ao estabelecimento de uma guarda unilateral exercida por aquele que não deu causa à inviabilização da guarda compartilhada.

Interpretação supletiva, na linha limítrofe da extensão possível dos arts.1583 e 1584 do Código Civil, também aponta para a fixação inicial da guarda unilateral, quando frustrada, irremediavelmente, toda e qualquer tentativa de estabelecimento da guarda compartilhada por intolerância de um dos genitores, favorecendo-se, por óbvio, ao outro genitor.

Porém, frisa-se uma vez mais: essas situações extremas não serão a regra, pois deverá ser dada prevalência à guarda compartilhada.

¹⁰³

5 - CONCLUSÃO

O principal objetivo do presente trabalho foi averiguar se a concessão judicial da guarda compartilhada dos filhos pode prevenir ou mesmo impedir a ocorrência da alienação parental, bem como, se este modelo de guarda tem a capacidade de interromper a conduta do alienador, sem ocasionar maiores danos psicológicos ao filho.

O primeiro capítulo teve como objetivo explicar sobre as entidades familiares, como são a sua constituição e extinção; definir o instituto da Guarda como compreendida no Direito brasileiro, apresentando sua definição e identificando as suas espécies, conforme sua finalidade.

No segundo capítulo, foi analisado o disposto no Código Civil no que tange a proteção a pessoa dos filhos, bem como o instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assim como, o que se entende por guarda compartilhada, sua definição doutrinária e a função social. E neste contexto, serão apresentados os direitos e os deveres dos pais em relação aos filhos com a aplicação da guarda conjunta. Em capítulo específico verificar-se-á o que se entende por Alienação Parental, buscando compreender seus elementos conceituais e teóricos, as causas de desenvolvimento da “Síndrome de Alienação Parental” e as consequências para as crianças ou adolescentes vítimas dessa Síndrome.

Finalmente, no último capítulo, foram estudados os meios legais que podem ser aplicados ao genitor (a) alienador (a), quando caracterizados os atos típicos de alienação parental que dificulte a convivência de criança ou adolescente com o outro genitor e, prosseguindo analisará a pertinência da Guarda Compartilhada, mesmo que não haja consenso entre os genitores, à luz da jurisprudência.

A alienação parental se identifica como uma forma de violência praticada por um dos genitores (geralmente, o guardião do menor) ou por qualquer pessoa, com o único objetivo de obstar sem nenhum motivo plausível a convivência da criança/adolescente com o outro progenitor ou um de seus familiares. Deste modo, tanto a pessoa alienada quanto o menor que sofre o abuso psicológico, tornam-se as vítimas deste fenômeno.

O tema tem sua relevância social na medida em que, a chamada “Síndrome de Alienação Parental” compromete a saúde emocional da criança/adolescente, do mesmo modo que, ao ser privado da convivência com genitor alienado, ocorrerá a desestruturação do vínculo afetivo que havia entre eles.

Portanto, como os efeitos da síndrome da alienação parental poderão permanecer para sempre no menor, assim como o direito de convivência dos filhos com ambos os genitores deve ser resguardado, é de suma importância a sanção do alienador para interromper o processo de alienação parental, possibilitando a reaproximação do cônjuge alienado com seu filho.

Por este motivo, no âmbito jurídico o tema requer um estudo mais aprofundado e auxílio técnico fornecido por profissionais de diferentes áreas, como psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, para uma análise cautelosa e minuciosa do caso concreto, com a finalidade de cessar este abuso de forma eficiente e, principalmente, sem causar maiores danos psicológicos ao filho, em respeito ao princípio constitucional do melhor interesse do menor

Assim, em minha opinião a aplicação da guarda compartilhada poderia prevenir e até mesmo inibir a alienação parental, protegendo o menor das possíveis práticas autoritárias e tirânicas do alienador, uma vez que, esta espécie de guarda é a que melhor resguarda os interesses do menor e garante o duplo vínculo de filiação, apesar da não mais existência relação do casal, mantendo os laços parentais e afetivos entre pais e filhos, favorecendo assim, o desenvolvimento da personalidade da criança/adolescente.

Deste modo, havendo entre os ex-cônjuges (ex-companheiros) discernimento suficiente, assim como a capacidade de separar a dissolução da relação conjugal da parental, que é eterna, a adoção da guarda compartilhada é uma das possibilidades para o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: uma nova realidade**. Coordenadores: COLTRO, Antonio Carlos Mathias e DELGADO, Mario Luiz. São Paulo: Editora Método, 2009

DELGADO, Mário e COLTRO, Matia – Coordenadores. **Guarda Compartilhada**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, in: O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada - Pereira, Tânia da Silva e Franco, Natália Soares

DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Alienação parental e o papel do judiciário**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº 321, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007

DIAS, Maria Berenice. **Revista da Ajuris-Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano XXXIV- nº105, março de 2007

DIAS, Maria Berenice. **Falsas Memórias**. (Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona54/54PPEDias.htm>). Acesso em: 05/11/2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 23.

FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental: Aspectos Materiais e Processuais da Lei nº 12.318, de 26-8-2010**, Saraiva, 2014

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZARRO, Graciela. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2010

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano VIII- n. 40, Fev/Mar 2007

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)** Gardner, 2002. (Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textossobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>). Acesso em: 05/11/2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**; São Paulo: Atlas, 2008

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Poder Familiar**. In: _____ (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.5.

ROCHA, Mônica Jardim. **Síndrome de Alienação Parental: a mais grave forma de abuso emocional**. In: PAULO, Beatrice Marinho (coord.). **Psicologia na Prática Jurídica: a criança em foco**. Impetus, 2009

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. ed. de Direito. São Paulo, 2005

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda, 2011

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, editora, 2004

ULLMANN, Alexandra. **Da definição da Síndrome da Alienação Parental**. Adv Advocacia Dinâmica - seleções jurídicas, janeiro 2009

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. Atlas, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família**. São Paulo: Método, 2009