



CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

FLÁVIA LACERDA DE CASTRO MARTINS

**A GUARDA COMPARTILHADA: DISCUTINDO AS CAUSAS E DIFERENÇAS
ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

CAMPINA GRANDE-PB

2016

FLÁVIA LACERDA DE CASTRO MARTINS

**A GUARDA COMPARTILHADA: DISCUTINDO AS CAUSAS E DIFERENÇAS
ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Reinaldo
Ramos Campina Grande, como requisito
parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Rodrigo Araújo Reul

Campina Grande- PB

2016

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

M386g Martins, Flávia Lacerda de Castro.

A guarda compartilhada: discutindo as causas e diferenças entre alienação parental e síndrome de alienação parental / Flávia Lacerda de Castro Martins. – Campina Grande, 2016.

46 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2016.

"Orientação: Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reül".

1. Direito de Família. 2. Guarda Compartilhada. 3. Alienação Parental. I. Reül, Rodrigo Araújo. II. Título.

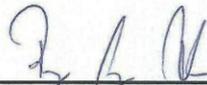
CDU 347.61(043)

FLÁVIA LACERDA DE CASTRO MARTINS

**A GUARDA COMPARTILHADA: DISCUTINDO AS CAUSAS E DIFERENÇAS
ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DE ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Aprovada em: 01 de DEZEMBRO de 2016.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)



Prof. (a) Esp. Vyrna Lopes Torres
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)



Prof.(a) Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

Dedico o presente trabalho aos meus filhos Pablo e Thales, razões do meu viver, e ao meu amado esposo Pablo Oliveira, por todo apoio, compreensão e força, bem como aos meus inesquecíveis pais, minhas maiores referências, que me fizeram ser uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço Deus pela saúde, discernimento nos momentos de dificuldades; paciência para resolver meus problemas mas principalmente por ter me dado uma família incrível que tanto me dá apoio; e por estar podendo concluir este belíssimo Curso Superior com todo louvor.

Ao meu querido Esposo, que me incentiva em todos os momentos da vida; que soube apoiar umas escolhas e me conduzir outras. Você que é o companheiro que Deus colocou em minha vida, pra me ajudar nesse caminho de pedras. Eu te amo.

Aos meus filhos, por terem dispensado momentos incríveis em que poderíamos estar juntos.

Aos meus irmãos, por serem pessoas maravilhosas e presentes em minha vida.

A minha amada mãe, por ter cuidado de mim e me ensinado a ser uma mulher verdadeira; por ter me amado incondicionalmente e pelos conselhos valorosos. Deus não poderia ter dado uma pessoa melhor para me conceber e para eu chamá-la de Mãe.

Ao meu amado e sábio Pai pelo dom da vida e por estar presente em todos os momentos dela, principalmente naqueles mais difíceis, por me proteger e guardar, por me propiciar possibilidades que muitos não tiveram; mas principalmente por me agraciar com um pai simplesmente fantástico. Que seus ensinamentos sejam eternos.

Ao corpo docente com quem tive a grata satisfação de encontrar ao longo do período acadêmico, em particular ao professor R, pela orientação, paciência e contribuição para a concretização deste trabalho.

E a todos os colegas que de alguma forma contribuíram para a conclusão dessa nobre graduação

RESUMO

O presente estudo tem como escopo analisar o instituto da guarda compartilhada e a Síndrome da Alienação Parental (SAP) sob a perspectiva jurídica e psicológica no sentido de buscar soluções para o melhor convívio da criança com seus genitores. A Alienação Parental se dá em decorrência das transformações sofridas pela família em sua estrutura e interações ao longo das décadas, incluindo, também, o grande número de rupturas nas uniões estáveis conjugais. Também chamada de falsas memórias ou abuso do poder parental, é reconhecida como forma de abuso emocional que pode causar à criança ou ao adolescente distúrbios emocionais. Nesse diapasão conhecer os meandros legais que possam garantir ao menor a plena convivência com os pais torna-se salutar e necessário. Assim, o instituto da guarda compartilhada apresenta-se como solução para o combate a essa prática. Apresenta-se nesse estudo uma revisão bibliográfica acerca da evolução do conceito de família no Direito brasileiro, abordando a evolução dos conceitos de pátrio poder, poder familiar, guarda unilateral e guarda compartilhada, assim como os conceitos alienação parental a partir do entendimento de doutrinadores renomados e profissionais estudiosos do assunto. Ademais, sugere-se ao final desse estudo que haja uma presunção legal acerca do compartilhamento da guarda do menor como forma de resguardar o melhor interesse do infante. Fundamentam esse trabalho Alves (2010), Delgado (2010), Dias (2015), Diniz (2002), a legislação brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Alienação parental. Síndrome da Alienação Parental. Poder Familiar. Guarda compartilhada. Guarda Unilateral.

ABSTRACT

This study has the objective to analyze the institute of shared custody and Parental Alienation Syndrome (SAP) in the legal and psychological perspective in order to seek solutions to the better living of children with their parents. The Parental Alienation occurs as a result of the transformations undergone by the family in their structure and interactions over the decades, including also the large number of breaks in marital stable unions. Also called false memories or abuse of parental power, it is recognized as a form of emotional abuse that can cause the child or adolescent emotional disorders. In this vein know the legal intricacies that can guarantee at the least the full interaction with the parents becomes healthy and necessary. Thus, the institution of joint custody is presented as a solution to combat this practice. It is presented in this study a literature review about the evolution of the concept of family in Brazilian law, addressing the evolution of the concepts of parental rights, family power, unilateral custody and shared custody, as well as parental alienation concepts from the understanding of renowned scholars and professional students of the subject. Furthermore, it is suggested at the end of this study that there is a legal presumption about sharing the lower guard as a way to protect the best interest of the infant. Alves underlying this work (2010), Delgado (2010), Dias (2015), Diniz (2002), Brazilian law and the Statute of Children and Adolescents.

Keywords: Parental Alienation; Parental Alienation Syndrome; Familiar power; shared custody; Unilateral guard

SUMÁRIO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	11
2 PODER FAMILIAR: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS	17
2.1 Do Pátrio Poder ao Poder Familiar	19
3 A RESPEITO DA GUARDA E GUARDA COMPARTILHADA	24
3.1 Guarda Unilateral	27
3.2 Guarda Compartilhada	30
4 ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL	34
5 METODOLOGIA	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais polêmicos na esfera jurídica são aqueles ligados ao Direito de Família, em especial quando se trata da guarda dos filhos e o melhor interesse destes. Apesar de não ser um fenômeno novo na esfera familiar, a alienação parental é uma situação comum na atualidade em decorrência das mudanças sofridas pela família e vem sendo prática recorrente entre cônjuges que não visam o menor e seu bem estar.

Culminando na edição da Lei nº 12.318/10 o assunto tratado neste trabalho é de extrema relevância, tendo em vista o contexto em que ele se insere, que é a família. Neste sentido, o artigo 226, caput, da Constituição Federal de 1988, apresenta que a família, como base da sociedade, tem o protecionismo estatal, e, ainda, o artigo 227 dispõe os direitos de crianças e adolescentes como direitos fundamentais e de proteção integral, afirmando-os como sujeitos de direitos, pautando, desse modo, a segurança dos menores.

Fundamentam esse estudo a legislação pátria – a carta constitucional de 1988, o Direito de Família, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil brasileiro – com o intuito de fornecer opções legais para não apenas resguardar o melhor interesse do infante, como principalmente fornecer subsídios para o enfrentamento dessa violência contra o menor. O método adotado para investigação foi o dedutivo, valendo-se de comparativos bibliográficos e análises de artigos científicos.

Entende-se, a alienação parental como forma de violência e crueldade, porque ao tentar influir negativamente a respeito da figura de um dos genitores a quem a criança já foi próxima e nutre sentimentos pela mesma, o outro genitor usurpa um direito constitucional, que se refere à proteção do estado no cuidado as crianças e adolescente.

Ademais, a Constituição Federal também assegura que o Estado deve garantir às crianças e adolescentes os direitos fundamentais específicos, quais sejam: 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.

Vianna (2013) elenca que a dissolução da união entre os cônjuges é desencadeada por inúmeros fatores; nessa situação, os filhos podem se tornar objeto de disputa e um dos meios utilizados para atingir um ao outro. Nesse diapasão, entende-se que o abuso do poder parental é não apenas prejudicial ao menor, mas a todas as partes envolvidas da família.

A Síndrome de Alienação Parental (SAP), também conhecida por falsas memórias ou abuso do poder parental, é reconhecida como forma de abuso emocional que pode causar à criança ou ao adolescente distúrbios emocionais. De acordo com Rosa (2008) a síndrome tem acometido crianças e adolescentes cujos pais tenham se envolvido em forte litígio decorrente da necessidade de intervenção judicial para estabelecer o sistema de atribuição de sua guarda, com os correlatos direitos e deveres daí decorrentes.

No entendimento de Dias (2015), a origem da síndrome está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em consequência, maior aproximação dos pais com os filhos, quando da separação dos genitores passou a haver entre eles uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás. É preciso lembrar que todo cuidado e proteção com o direito à vida do ser humano estão presentes desde a concepção e deve ser respeitado.

Dias (2015), aponta, desse modo, que a SAP, é advinda da evolução do conceito de família e do direito de família, pois antes, na época onde o pátrio poder pertencia somente ao pai, entende-se que o mesmo era um pouco mais distante e pensava que a criação do filho devia-se apenas à mãe. O pai exercia o poder sobre todas as nuances da vida do filho, mas o cuidado no dia-a-dia era responsabilidade da mãe. Hoje em dia, sabemos que o poder familiar centra-se na figura de ambos os pais, o que talvez, segundo Dias, tenha contribuído para esse maior estreitamento entre os laços familiares, que quando resulta em separação, a guarda do menor pode ser pleiteada tanto pelo pai, quanto pela mãe, situação nova, pois até pouco tempo atrás, tinha-se a ideia de que a mãe era por direito a detentora da guarda dos filhos.

Desse modo, surge então, no ano de 2010, a Lei da alienação parental, cujo principal objetivo é de assegurar o menor sofrimento a todos os envolvidos diante de uma dissolução conjugal (separação e divórcio), em especial às crianças e adolescentes. Sob esta ótica, se faz necessário um instrumento de transformação de condutas, qual seja, a mediação, que vai trabalhar como um minimizador de conflitos entre os pais, mas principalmente, trabalhar em prol da criança e do adolescente. Portanto, merece respaldo o presente tema, posto que o instituto da mediação inserido no Direito das Famílias se faz um instrumento minimizador de conflitos advindos da prática do ato de alienação parental.

Neste trabalho inicialmente, no capítulo 1 trataremos da evolução do conceito de família no Direito brasileiro e abordagem sobre evolução dos conceitos de pátrio poder, poder familiar, guarda unilateral e guarda compartilhada. O capítulo II traz conceitos referentes aos conceitos de alienação parental a partir do entendimento de doutrinadores renomados e profissionais estudiosos do assunto como Grisard Filho (2009) e Diniz (2002).

Em seguida, será discutido como a prática de atos de alienação parental pode interferir no exercício dos direitos de personalidade, que, em tese, são irrenunciáveis e intransferíveis. Por fim, será abordado os meios de combate à alienação parental e como o Poder Judiciário auxilia para o fim de tal prática.

1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Historicamente, o termo família deriva do latim *famulus* e surgiu na Roma Antiga, para designar novos grupos sociais que surgiam entre as tribos latinas. A instituição familiar se centrava na figura do pater, cuja responsabilidade se estendia sob sua prole inclusive no que tange a vida e a morte. Durante a Antiguidade, o conceito de família era compreendido como “uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional” e esse conceito perdurou até o medievo. (BARBOZA, 2010, p.104).

No início do século XIX, o casamento era o único dispositivo legal para se constituir família e, baseado no Código Civil de 1916, apenas os cônjuges que contraíssem matrimônio religioso estavam aptos a constituir a família; assim, nessa época apenas os católicos tinham acesso ao matrimônio. Nesse entendimento, as transformações ocorridas com a família ao longo da História contribuíram para o entendimento familiar que dispõe hoje na Carta Constitucional brasileira.

Para uma melhor compreensão acerca do conceito de família, Nogueira (2010), Rocha e Mota (2011) apontam em seu estudo os diversos conceitos de família de acordo com os doutrinadores da área:

Família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência (Mota, 2011, p. 75)

Esse conceito de família apresentado pela autora considera primordialmente o elo biológico parental para sua constituição básica. Porém, com a evolução da legislação, a partir da Constituição Federal (CF) de 1988, o conceito de família passou a ter outras associações, conforme explica Nogueira (2010):

Família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento (NOGUEIRA, 2010, p. 01)

Em concordância com o Artigo 226 da CF o autor aponta a inserção da afinidade para constituição de família, agregando assim a proteção do estado para todas

essas constituições familiares. Mota, Rocha e Mota (2011) apresentam também o conceito de Maria Helena Diniz (2007; p. 9) sobre a família, a autora discorre no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

Gonçalves (2012, p. 11) entende o conceito de família de uma forma abrangente e que a mesma se dá com “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção”. E também de uma forma mais específica como, “parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau”.

A partir da observação do conceito de Gonçalves (2012) percebe-se que família é, unidade básica da sociedade formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligados por laços afetivos. Podendo também ser considerada como, um conjunto invisível de exigências funcionais que organiza a interação dos membros da mesma, considerando-a, igualmente, como um sistema, que opera através de padrões transacionais.

Pode-se entender, então, a partir do proposto por esses autores, que a família é instituição social, plural em seus componentes, e que pode ou não ter laços consanguíneos, pautando, desse modo, que não existe um conceito específico de família, cada unidade familiar se configura na sua singularidade.

Observando a legislação brasileira e suas definições acerca da família, Dill e Calderan (2011), apontam que as leis que surgiram antes da Constituição Federal brasileira de 1988 buscavam sistematizar o modelo da família patriarcal, privando da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento.

A família evoluiu de forma gradativa e sofreu grandes mudanças no decorrer dos séculos. Nos dias atuais há de se ressaltar que aconteceu uma grande mudança no que se refere época em que era vigente o Código Civil de 1916 e a implantação do Código Civil de 2002. Nesse contexto, Gonçalves (2012) assevera que:

“O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é

identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação”. (GONÇALVES, 2012, p. 16).

As sucessivas transformações legislativas na instituição familiar se iniciaram na metade do século passado e nos nossos dias, o Código Civil depararam-se com o advento da Constituição Federal de 1988. A partir de então, inúmeras leis nasceram para adequação das novas perspectivas da família e da sociedade (BARRETO, 2012).

Em razão dessas mutações no âmbito da família, várias foram as situações que necessitavam de uma mudança no respaldo legal, a exemplo da união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas. Impulsionado pelas transformações sociais o Direito passou a proteger as mais variadas formas de família, não apenas aquelas constituídas pelo casamento.

Nesse sentido, as mudanças estruturais, comportamentais e conceituais que ocorreram na família, fizeram com que o Código Civil (Código Civil) albergasse em sua nova edição de 2002, o não compartilhamento do lar nem um prazo mínimo para se considerar estável a união constitutiva familiar. Ademais, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges foi aduzida como uma das inovações do CC.

Os novos modelos de família decorrentes dos novos arranjos constitutivos parentais – anaparental, homoafetivo, pluriparental – embora não mencionados na Constituição Federal existem na sociedade moderna e possuem os mesmos direitos de proteção do Estado da família tradicional e patriarcal (GONÇALVES, 2012).

A Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil), Beviláqua, era uma obra moldada a sua época, e que vigorou a partir daquela mesma data do ano subsequente (BARRETO, 2012). No entendimento do autor à época da promulgação do Código Civil de 1916, a família patriarcal posicionava-se como coluna central da legislação e prova disso foi a indissolubilidade do casamento, como também a capacidade relativa da mulher. O artigo 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal e as funções femininas era restritas, consoante artigo 240 do mesmo diploma legal.

No que concerne à filiação, havia notória distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, que era devidamente registrada no registro de nascimento a origem da filiação. Nesse contexto, o instituto da guarda estava

naquela época atrelado à culpa na separação e não no bem-estar da criança, como é na atualidade, sendo aquela atribuída ao consorte não culpado pelo desquite.

Com o passar dos anos a legislação foi evoluindo junto com a família. Em meados de 1949 entrou em vigor a Lei nº 883, que tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos, através de ação de reconhecimento de filiação, os quais passariam a ter direito, inclusive, a alimentos provisionais, em segredo de justiça, e herança, sendo reconhecida a igualdade de direitos, independente da natureza da filiação. Este grande avanço foi marcado pela proibição de qualquer menção à filiação ilegítima no registro civil, deixando para trás a postura preconceituosa (BARRETO, 2012).

Posteriormente, em 27 de agosto de 1962, foi publicada a Lei nº 4.121, que versava sobre a situação jurídica da mulher casada, denominada Estatuto da Mulher Casada. Revogou vários dispositivos do Código Civil de 1916 e dentre outros direitos, a mulher obteve aquele de exercer o poder familiar, ainda que constituísse novo casamento. Contudo, essa atividade ainda era bastante restrita, considerando que a redação do parágrafo único do artigo 380, explanava que, caso houvesse divergência entre os genitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevaleceria a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução daquele conflito.

Mesmo assim, a posição da mulher no âmago da sociedade e da entidade familiar foi modificada e representou uma das maiores conquistas da classe feminina perante a legislação brasileira, passando, a partir de então, a interferir na administração de seu lar, coisa que não seria possível à luz apenas do CC de 1916 (BARRETO, 2012).

No ano de 1977, sob a égide da CFRB de 1967, foram editadas a Emenda Constitucional nº 09 e a Lei nº 6.515, sendo que a 1ª possibilitou o divórcio no Brasil, após ter sido obtida a separação judicial e a 2ª disciplinava a matéria viabilizando a ação direta de divórcio, desde que, completados cinco anos de separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977, (artigo 40).

Barreto (2012) aponta que a mencionada lei foi de grande relevância, uma vez que concedeu o direito à mulher de optar ou não pelo uso do nome de família de seu cônjuge. Outra modificação foi o Regime Parcial de Bens ser considerado regime legal e a possibilidade dos vínculos familiares se encerrarem com o divórcio.

Charter (2015 apud NOGUEIRA, 2001) entende que todo ser humano passa a ser membro de um organismo familiar no momento que nasce, de modo que indivíduo mantém-se ligado a essa entidade familiar enquanto durar sua vida, mesmo se vier a constituir nova família. O emaranhado de relações existente entre os componentes dessa entidade gera um complexo de disposições pessoais e patrimoniais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a célula familiar foi mais uma vez remodelada; desta vez dando ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade. Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o artigo 266, torna-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto. Esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios também foram transportados para a seara do Direito de Família e a partir deles foi transformado o conceito de família, que passou a ser considerada uma união pelo amor recíproco.

A Constituição Federal, por sua vez, além de determinar a família como base da sociedade, também compreende, entre outras entidades familiares, a união estável, dispondo o art. 226, §1º ao §4º sobre as famílias protegidas, da seguinte forma:

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

§1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Desse modo, são portanto, consideradas como constituição familiar o casamento civil, o casamento religioso com efeitos civis, a união estável e o núcleo monoparental. Faz-se importante destacar que além da união expressa no §3º do exposto no art. 226, a proteção constitucional passou a se estender também às

uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista o julgamento da ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, com eficácia erga omnes e efeito vinculante.

Pelo fato de o Direito não ser uma ciência estática, principalmente o Direito de Família, há que se observar as questões familiares sob todos os seus aspectos, sem manter um posicionamento hermético, fechado sobre o assunto, mas aplicando o Direito da melhor forma possível aos casos concretos que se apresentem. Nesse contexto, não mais cabe aos operadores do Direito rotular determinada situação ou atitude como certa ou errada, moral ou imoral, mas buscar entender os motivos causadores e a melhor solução para o caso concreto.

Segundo Dias (2015, p.12) cada vez mais “a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado pelo matrimônio”. De modo que, a existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Nesse contexto, é preciso que em razão da busca do conceito de entidade familiar se faz necessário ter uma visão pluralista, que compreenda os mais diversos arranjos vivenciais.

Ainda de acordo com Dias (2015, p. 12) atualmente, não mais se identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. Para a autora, o amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A partir do pressuposto por Dias (2015), entende-se que a existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar, e que com o desaparecimento da família patriarcal e matrimonializada, passou a família a ser identificada pelo laço de afetividade que une pessoas.

A legislação correspondente ao direito de família, aponta que a intervenção do estado no âmbito da família, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão, onde não cabe ao Estado predeterminar de qual forma a entidade familiar pode se constituir, mas apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade.

2 PODER FAMILIAR: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS

É de fácil compreensão o fato de que no decorrer da vida, mais especificamente no início, todo o ser humano necessita de alguém que cuide da sua criação e educação durante a infância e a adolescência, amparando-o e cuidando de seus interesses. Natural, e frequentemente, as pessoas mais indicadas para a realização desta tarefa, são os pais, e em sua falta, um adulto que possa desempenhar esse papel, que podem ser os avós, tios, ou até alguém que não seja membro da família, mas esteja apto e que tenha o desejo de desempenhar esse papel.

Com a promulgação da Constituição de 1988, e, principalmente em decorrência das modificações ocorridas através da evolução dos tempos, a família adquiriu novas formas, tanto na sua constituição quanto no ordenamento jurídico brasileiro, assim em virtude das modificações ocorridas, se faz necessário tecer alguns comentários sobre a evolução da instituição familiar.

Historicamente, as mães sempre obtiveram os cuidados dos filhos, pela característica da maternidade e qualidades que lhe são inerentes; aos pais cabia a função de serem chefes e provedores da família, característica do paternalismo arraigado nos séculos pregressos. Diante dessa cultura, o antigo Código Civil de 1916, utilizava a expressão “pátrio poder” que era exercido exclusivamente pelo homem, a este cabia a função de chefe da sociedade conjugal; nesse diapasão, apenas na falta ou impedimento, tal atribuição passava a ser da mulher, exercendo, desta forma, o poder familiar com relação aos filhos, artigo 380, CC/16.

O poder familiar – denominação mais recente – figura no ordenamento jurídico, na forma de direitos e responsabilidades envolvidas na relação entre pais e filhos, resultado de uma necessidade natural, no entanto esta concepção sofreu, e permanece sofrendo modificações, sendo denominado inicialmente como pater famílias, possuindo o pai poder absoluto sobre a família, escravos e agregados (CARRION, 2014).

De acordo com Carrion (2014), fatores como a industrialização, o avanço das telecomunicações e a globalização, foram fundamentais para realçar no pátrio poder

os deveres dos pais para com a sua prole, da mesma forma fortalecer a situação da mulher na sociedade e no núcleo familiar.

O poder familiar é instituído em benefício dos filhos e não em proveito dos pais, especialmente, no tocante ao princípio constitucional da paternidade responsável, preconizado no artigo 226,§7º da Constituição Federal. “Poder Familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”(GONÇALVES, 2012, p.328).

A partir da Lei 4.121/62 (O Estatuto da Mulher Casada) houve a alteração do artigo 380, CC/16, que confere a igualdade de poderes e deveres entre os cônjuges; assim, o poder passou a ser exercido por ambos os pais e, no caso de haver alguma divergência entre os genitores, a vontade do pai era a que prevaleceria, podendo a mãe se valer da justiça para a solução da divergência. Todavia, com a evolução dos tempos e a conquista que as mulheres obtiveram na sociedade, esta passou a exercer um papel fundamental na constituição familiar moderna, exercendo e dividindo responsabilidade até então delegadas aos homens, como o provimento da família. Destarte, o pátrio poder deu lugar a expressão poder familiar.

Conforme dito anteriormente, a modificação a respeito da igualdade entre pai e mãe no exercício do poder familiar, prevista no artigo 5º da Carta Magna de 1988 e, posteriormente, adotado no Código Civil elaborado em 2002, foi uma mudança de suma importância no contexto do poder familiar. Diante desta mudança o conceito de pátrio poder foi modificado, o mesmo contraiu uma inovação na sua nomenclatura, passando a ser conhecido como poder familiar, caracterizado, então hodiernos conceito e características.

Monteiro (apud Dias, 2015), define o poder familiar na atualidade: “O poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, o tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável” e a partir do pressuposto pelo autor, entende-se que, o poder familiar é o poder que emana dos pais em relação aos seus filhos, onde os mesmos devem zelar e proteger sua prole até que alcancem a maioridade e adquiram a devida responsabilidade civil.

. No entendimento de Dias (2015) “ainda que o Código Civil tenha eleito a expressão poder familiar para atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família”. (DIAS, 2015, p.458). O poder familiar, aduzido pelo CC/ 2002 – alguns autores como

Monteiro (2010) sugeriu atribuir ao conjunto de deveres atribuídos aos pais como “pátrio dever”.

Entretanto, para Lobo (2015):

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o Código Civil. Com a implosão, social e jurídica da família patriarcal, cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (família). (LOBO, 2011, p.296)

Em razão disso, é possível afirmar que o conceito de poder familiar se modificou de forma significativa no transcorrer dos anos, e ainda está em fase de transição. Em decorrência destas transformações, viu-se a importância do estudo deste instituto, que repercute em todas as searas do mundo jurídico, modificando a situação do quadro familiar, e é objeto de análise deste trabalho.

2.1 Do Pátrio Poder ao Poder Familiar

Traços históricos apontam que antigamente o Poder Familiar era conhecido como Pátrio Poder e tinha como definição a figura paterna com exclusividade em se tratando da educação, do dever e da obrigação dos pais com relação aos filhos. De acordo com Cicco (1993, apud Nogueira, 2011), o Poder de família é um dos ramos mais antigos do Direito e visava o exclusivo interesse do chefe da família. Teve sua origem na Roma Antiga, onde a lei permitia ao pai vender ou até mesmo tirar a vida de seu filho, inclusive dispor de sua mulher quando entendesse conveniente, pois sobre eles tinha o poder de venda e/ou de morte.

No que concerne ao cuidado com os filhos, no pátrio poder, não tramitava a figura do pai e da mãe exercendo juntos os poderes e deveres como acontece e podemos verificar hoje em dia. Naquela época o pai era o único com poder para controlar e educar os filhos enquanto a esposa e mãe apenas auxiliavam na educação da prole, no que consentia no fato de alimentar, costurar e cuidar de suas roupas, mas não interferir nos conhecimentos que lhe eram ensinados, nem nos valores a serem passados.

Nesse contexto, entende-se que o Pátrio Poder se assentava no princípio da autoridade, ou seja, se configurava como uma instituição autocrática, modelo familiar este bastante observado na Grécia e em Roma, onde o pai detinha o poder absoluto sobre o filho, decidia até sobre a vida e morte dos filhos, e este poder deveria durar para sempre, apenas se extinguindo com a morte do pater, ou seja, do pai.

No entendimento de Dias (2015), o pátrio poder era exercido pelo homem. Ele era o cabeça do casal, o chefe da sociedade conjugal. Assim, era dele a obrigação de prover o sustento da família, o que se convertia em obrigação alimentar por ocasião do rompimento do casamento.

Para Dias (2015), o Código Civil de 1916, tinha o intuito de proteger a família quando de sua edição, perpetrava uma das maiores atrocidades contra crianças e adolescentes ao não permitir o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ou seja, os filhos havidos fora do casamento. Com isso, eles não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade e, em consequência, não podiam pleitear alimentos. Somente 30 anos após foi permitido ao filho de homem casado promover, em segredo de justiça, ação de investigação de paternidade, apenas para buscar alimentos. E embora fosse reconhecida a paternidade, a relação de parentesco não era declarada, o que só podia ocorrer depois de dissolvido o casamento do genitor. Em face do princípio da igualdade entre os filhos, consagrado pela Constituição Federal, é que, em 1989, foi admitido o reconhecimento dos filhos "espúrios".

Pode se entender que no contexto do pátrio poder os filhos tidos como espúrios eram se encontravam numa circunstância de absoluto desprestígio em face do direito admitia o reconhecimento deste. No Brasil, o advento do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, a partir do disposto na Constituição Federal de 1988 trouxe disposições legais para regularizar a situação de inferioridade à qual eram relegados os filhos nascidos fora do casamento.

Atualmente, considera-se que o poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária — voltada ao interesse do chefe

da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos — para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres (LOBO, 2011).

Para Lobo (2011) essa denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o Código Civil.

Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento.

Dessa forma, pode se entender que atualmente o poder familiar se configura como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, onde os mesmos devem praticar uma paternidade responsável e centrada no interesse dos filhos e da família, não em proveito de si próprios.

Dias (2015) define o poder familiar como irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245).

Diniz assevera também que o poder de família é irrenunciável, pois incumbe aos pais esse poder-dever, inalienável, tanto a título gratuito quanto a título oneroso, cabendo uma exceção no ordenamento jurídico que diz respeito a delegação do poder familiar por desejo dos pais ou responsável e continua:

“É imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei.

É incompatível com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar. Conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência (CC, art. 1.634, VII).

Lobo (2011) aponta que enquanto pátrio poder existia em função do pai; o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.

O exercício do poder familiar pode ser desempenhado conjuntamente, compartilhado, intervenção efetiva dos dois genitores, proteção de terceiros, entre outras formas. O poder familiar existe independente do vínculo entre os genitores do menor, sendo responsabilidade de ambos amparar, educar e cuidar do filho, pois o múnus decorre da filiação e não do casamento, embora o Código Civil o mencione.

Nesse entendimento de irrenunciabilidade do poder familiar é pertinente comentar ainda que este também pode ser destituído em casos mencionados na legislação. Entre as principais razões capazes de destituir o poder familiar estão o mau exercício do mesmo e medida protetiva em relação ao menor. Entende-se por medida protetiva a ação realizada com o intuito de salvaguardar a integridade física e psicológica do menor, que foi comprometida por atos praticados por um dos genitores, como estupro, instigação ao crime (LÔBO, 2007).

Segundo o Código Civil brasileiro, a perda do poder familiar é imposta no interesse do menor, sendo destituído do poder aquele que:

I – Castigar imoderadamente o filho; II – Deixar o filho em abandono; III – Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e IV – Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas para suspensão do poder familiar.” (BRASIL, 2002).

A suspensão do poder familiar é diferente de sua destituição, podendo inclusive o ato de suspensão ser aplicada a um único filho, o que não ocorre na destituição. Entretanto, é importante mencionar que apenas a autoridade judicial tem poder para suspensão ou destituição desse poder, caso se comprove má conduta de um dos genitores em relação aos filhos menores, por exemplo. Acerca da suspensão, Diniz (2002) afirma que “é, pois, uma sanção que visa preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei”, conforme postula o Código Civil.

A partir das conceituações de poder familiar evidenciadas por esses doutrinadores, evidencia-se que atualmente, o poder familiar é um instituto jurídico de suma importância, tanto que há diversos direitos e deveres dos pais explícitos e implícitos na Constituição Federal. De modo que, verifica-se que os filhos possuem, em todos os artigos explanados, proteção especial, já que, enquanto menores, necessitam de um maior apoio dos pais, e que juntos, ambos os genitores devem exercer esses direitos e deveres de forma igualitária a fim de zelar pelos direitos materiais e morais de sua prole.

Destarte, é pertinente acrescentar ainda que independente de haver continuidade na relação conjugal e/ou união estável o poder familiar não se altera; quando ocorre a dissolução conjugal, o exercício do poder familiar fica prejudicado, pois há uma repartição entre os cônjuges de tal poder, principalmente quando um dos dois detém a guarda do menor.

As obrigações dos pais em relação aos filhos mencionadas no ordenamento jurídico através do poder familiar visam garantir condições para o pleno desenvolvimento físico, moral e intelectual do menor. Nesse entendimento, cabe aos pais propiciarem ambientes que garantirão o melhor interesse de sua prole.

3 A RESPEITO DA GUARDA E GUARDA COMPARTILHADA

Guarda na acepção legal é um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger (CARBONERA, 2000). O Código Civil aduz sobre a proteção da pessoa dos filhos em seus artigos 1.583 à 1.590. o protecionismo refere-se principalmente quando há separação judicial por mutuo consentimento ou no divórcio direto consensual, pois a partir de então, o poder familiar será na prática repartido entre os cônjuges ou prejudicado, quando apenas um dos genitores detém a guarda do menor.

Para Gesse (2001, p. 3) a guarda apresenta-se como uma prerrogativa legal atribuída aos titulares do poder familiar ou terceiros de manterem consigo menores ou maiores inválidos, a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes as necessidades materiais e imateriais, encaminhando-os para a vida e exercendo assim, de forma coerente o poder familiar que lhes fora delegado.

É possível observar na legislação que a lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.612), mas de acordo com Dias (2015), não é dada a atenção devida em relação à doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição, nem para tudo que o ECA postula sobre o melhor interesse de crianças e adolescentes.

Ao tratar da proteção dos filhos, o Código Civil (CC 1.583 a 1.590), de forma didática, define o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e o eventual estado de beligerância entre eles (CC 1.584 § 2.º). Ou seja, não importa a vontade do genitor em não querer a guarda do filho, se for imposta a guarda compartilhada, independente dos conflitos entre os pais em razão da dissolução do casamento, a guarda de um filho não pode ser renunciada.

No ordenamento jurídico, o instituto da guarda apareceu pela primeira vez no início do século XIX, em 1890, quando a guarda unilateral era atribuída ao cônjuge não culpado pela dissolução da sociedade conjugal. Nesse diapasão, havia o divórcio após o abandono domiciliar consecutivos de dois anos ou era motivado por

injúria grave. Com o Código Civil de 1916, houve a diferenciação entre divórcio amigável e litigioso, embora a culpa pela dissolução conjugal ainda fosse o critério utilizado para definir a guarda dos filhos menores. Critério este que foi revogado somente em 1997 com a Lei nº. 6.515 de 26/12/1997 (CAHALI, 2005).

Para Grisard Filho (2002, p. 58)

[...] a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta. Na guarda está o dever de vigilância que, lenta e constantemente, atua decisivamente no desenvolvimento da personalidade do menor e na sua formação integral.

Atualmente, a guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC 1.612).

Desse modo, a guarda dos filhos é um assunto que costuma gerar conflito durante o processo judicial de separação. No momento de discussão acerca da guarda de filhos menores, o critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade (CC 1.584 § 5.º). No que diz com a visitação dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais (CC 1.589) (DIAS, 2015).

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram quando acontece a separação, pois os fatores emocionais podem dificultar a tomada de uma decisão. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada (CC 1.583 § 1.º). O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba se refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Mesmo que a definição da guarda e da

visitação esteja a cargo dos pais, o que for acordado depende da chancela judicial, o que só ocorre após a ouvida do Ministério Público.

Na ação de divórcio, é indispensável que tais questões fiquem definidas, não apenas quando se tratar de divórcio consensual (CPC 1.121 I I). Nas demandas litigiosas, é claro que a definição de guarda deva ser feita com muito mais razão, pois se sabe que quando o juiz entende que o que foi acordado pelos pais não atende aos interesses dos filhos, este pode determinar a guarda compartilhada.

Em relação à legislação aplicada aos dispositivos relacionados à guarda, se deu no final do ano de 2014, especificamente na data de 22 de dezembro, o sancionamento da Lei nº 13.058, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), os quais já tratavam da guarda compartilhada aos genitores e sua aplicabilidade na prática.

Portanto, o Projeto de Lei (PLC nº 117/2013) aprovado pelo Senado Federal em 26 de novembro de 2014, o qual originou a supracitada Lei nº 13.058/2014, sancionada recentemente e sem vetos pela Presidência da República, não inovou com o instituto da guarda compartilhada, uma vez que, desde o ano de 2008, a Lei nº 11.698 já estabelecia a respeito de tal instituto, trazendo a necessidade da divisão de responsabilidades e despesas quanto à educação, manutenção, criação e convívio com os filhos comuns (RIZZARDO, 2009).

Desde 2002, em seu artigo 1.584, §2º, o Código Civil já prescrevia a aplicação da guarda compartilhada aos genitores, sempre que possível, uma vez que, mesmo separados fisicamente, os genitores ainda deveriam continuar como responsáveis pela manutenção, convívio, educação e criação dos filhos comuns, em prol das próprias crianças, as quais se beneficiariam com a presença de ambos os genitores, conforme determina inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal, conforme verifica-se:

Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990:
Artigo 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Artigo 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta,

assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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

No entanto, na prática, o que ocorria na maioria das situações judiciais, era o litígio entre os genitores, ou seja, uma relação desarmoniosa e desrespeitosa, sem o consenso quanto a definição da guarda dos filhos, de modo que, cabia ao magistrado determinar, na maioria das vezes, uma guarda unilateral a um dos genitores, destacando-se, assim, um índice superior de guardas unilaterais concedidas às mães em detrimento aos pais, talvez por questões culturais e históricas, o que demonstra que, embora a Constituição Federal tenha proclamado que todos são iguais perante a lei, seja homem ou mulher, mas desde que, no caso da concessão da guarda, tal genitor demonstre possuir melhores condições para exercer a guarda do filho.

A Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, trouxe profundas alterações na redação dos artigos. 1.583 e 1.584 do novo diploma, regulamentando a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Portanto, antes do advento da Lei nº 13.058/2014, como demonstrado anteriormente, por mais que já existisse a guarda compartilhada, ainda a guarda unilateral se via com predominância no judiciário.

3.1 Guarda Unilateral

Compreende-se por *guarda unilateral*, segundo dispõe o § 1º do art. 1.583 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, “*a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua*”. A guarda unilateral ou exclusiva, na sistemática do Código Civil, e após a Lei n. 11.698/2008, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial (LOBO, 2011).

De acordo com Gonçalves (2012), essa tem sido a forma mais comum: um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu

favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008 procuraincentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho.

Grisard Filho (2002, p. 108) trata a guarda unilateral como uma visita periódica que possui efeito negativo para as relações parentais pois “uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angustias perante os encontros e as separações repetidas”.

Segundo Welter (2009, p. 56):

a guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

A guarda a um só dos genitores, com a fixação de um regime de convívio, pode decorrer do consenso de ambos (CC 1.584 I). Ainda assim, na audiência, deve o juiz informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada (CC 1.584 § 1º) (DIAS, 2015).

No tocante à guarda unilateral, a referida lei apresenta critérios para a definição do genitor que oferece “*melhores condições*” para o seu exercício, assim considerando o que revelar aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: “*I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação*” (CC, art. 1.583, § 2º). Fica afastada, assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros.

Entende-se, então, que a guarda compartilhada centra-se em manter os dois pais envolvidos na criação dos filhos, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto, mesmo em razão do impacto negativo que a ruptura conjugal pode inferir.

Nesse contexto, Gonçalves (2012) alude que a ordem dos fatores a serem observados na atribuição da guarda unilateral não deve ser considerada preferencial, de modo que, todos os fatores devem ser analisados com igual

importância. Na realidade, deve o juiz levar em conta a melhor solução para o *interesse global* da criança ou adolescente, não se olvidando de outros fatores igualmente relevantes como dignidade, respeito, lazer, esporte, profissionalização, alimentação, cultura etc. (ECA — Lei n. 8.069/90, art. 4º).

Desse modo, não importa para a decisão de guarda se o pai tem mais dinheiro que a mãe, o que será levado em conta é a proporção de amor, carinho, saúde, segurança e educação de forma igualitária, sem que nenhum desses fatores se sobreponham ao outro.

Quanto ao descumprimento das disposições de guarda, seja ela unilateral ou compartilhada, a Lei n. 11.698/2008 prevê uma sanção civil, de discutível utilidade, para a hipótese de descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, onde há a “redução de prerrogativas atribuídas a seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”. Essa regra pode ampliar a alienação parental, na hipótese da guarda unilateral, ou comprometer a guarda compartilhada (LOBO, 2011).

Na guarda unilateral os períodos referentes à visitação não são previstos em lei, mas acordados entre os cônjuges ou estabelecidos pelo juiz, conforme explicitado anteriormente. O Código Civil de 2002 traz a flexibilização das visitas em consonância com o interesse dos filhos, para que estes tenham a possibilidade de conviver com ambos os pais (RIZZARDO, 1994).

Em qualquer hipótese, o melhor interesse do filho na convivência com seus pais será prejudicado, pois a sanção é de redução do número de horas de convivência. A redução pode ser conveniente ao genitor faltoso, que deseja exatamente a redução da convivência com o filho. Infelizmente, a realidade existencial não é sempre de disputa pela maior convivência. Portanto, a interpretação da regra de sanção em conformidade com o princípio do melhor interesse do filho diz respeito apenas à violação da cláusula de guarda, quando o genitor, sem justificativa razoável e de modo arbitrário, retiver o filho reiteradamente além de seu período de convivência, prejudicando o direito de convivência do outro.

Ocorrências isoladas não devem ser consideradas, para que a justiça não se converta em arena de reabertura de conflitos. Em contrapartida, se o genitor reduzir o período de convivência, reiteradamente e sem motivo justificável, incorre em

inadimplemento do dever jurídico correspondente, respondendo por danos morais (LOBO, 2011).

Desse modo, deve-se observar as condutas dos pais para que não haja uma redução de convivência com nenhum deles devendo-se privar pela presença de ambos os pais na vida do filho.

3.2 Guarda Compartilhada

Com as mudanças advindas do papel da mulher na sociedade e na família, várias outras esferas também se modificaram em decorrência dessa primeira transformação. Nesse contexto surgiu o instituto da guarda compartilhada para atender as necessidades dos novos modelos e arranjos familiares atuais. Diante de inúmeros casos de divórcios e separações no país, o instituto da guarda veio somar esforços em prol do melhor interesse do menor, pois se não houver uma isonomia na partilha de direitos e deveres, os filhos podem ser objeto de alienação parental, prática totalmente ofensiva ao menor.

Acrescido a isso e aos conflitos inerentes a todo fim de relacionamento, há também a disputa pelos filhos, onde muitas vezes se tornam ferramentas de vingança contra aquele que deu causa a separação. Com o poder materno, algumas mães ameaçavam os pais de não deixá-los mais ver os filhos, caso não majorassem os alimentos ou não partilhassem os bens da forma tal qual elas queriam, utilizando assim dessa forma o menor para promover seus próprios interesses.

O art. 1.583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

De acordo com Gonçalves (2012), a guarda compartilhada trata-se, naturalmente, de um modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contra indicado para alguns. Sempre, no entanto, quando houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não se confunde com a guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com

um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos, como já citado anteriormente

No âmbito da guarda compartilhada, a Lei n. 11.698/2008 promoveu alteração radical no modelo de guardados filhos, até então dominante no direito brasileiro, ou seja, da guarda unilateral conjugada com o direito de visita. A lei, com nosso aplauso, instituiu a preferência pela guarda compartilhada, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral (LOBO, 2011).

A partir do disposto nos livros doutrinários entende-se que anteriormente ao advento da lei 11.698/2008, a guarda compartilhada era cercada pelo ceticismo dos profissionais do direito e pela resistência da doutrina, que apenas a concebia como faculdade a um dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos emergentes da separação.

Com a instituição da guarda compartilhada, deixou de ser priorizada a guarda unilateral, possibilitando aos genitores de continuarem a exercer a corresponsabilidade no exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental:

O modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores. Determinou a atribuição da guarda a quem revelasse melhores condições para atendê-la, dispondo o não guardião do direito de visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e a educação. A mudança foi significativa (DIAS, 2015, p.517).

Havia difundido convencimento de que a guarda compartilhada dependia do amadurecimento sentimental do casal, da superação das divergências e do firme propósito de pôr os filhos em primeiro plano, o que só ocorria em situações raras. Nesse contexto, referida lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância.

De modo que, a guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separam, e, quando não houver acordo esta “será

aplicada” pelo juiz, sempre que possível, na expressa previsão do § 2º do art. 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698, de 2008.

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação.

Preceitua o art. 1.584 do Código Civil, em sua nova redação dada pela Lei n. 11.698/2008:

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe”.

Entende-se que a guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Consequentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais-de-fins-de-semana” ou de “mães-de-feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas (LOBO, 2011).

Mesmo tendo o direito de conviver com ambos os genitores, os filhos por diversas situações são objeto de disputa e eventualmente alienação parental, assunto que trataremos a seguir. Sobre isso, Monteiro (2011) comenta que:

A utilização do menor como centro dos problemas conjugais e a exposição daquele, a sentimentos de vingança, deixa-o refém das mais violentas formas de alienação. Na verdade, a vulnerabilidade emocional dos pais e sua incapacidade de proteger os filhos dos problemas conjugais, acabam

por ocasionar também a desestruturação emocional de sua prole. (2011, p.03).

É notório os malefícios causados pela alienação parental e/ou a síndrome da alienação parental no infante; dessa forma, o instituto da guarda compartilhada veio para garantir não apenas o melhor interesse do menor, mas sobretudo para garantir que o menor conviva com ambos os genitores.

Assim, argumenta Dias (2015, p.526):

A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os genitores.

Em suma, a guarda compartilhada figura-se, assim, como uma guarda conjunta, onde se dividem não apenas a tutela física ou custódia material do filho menor em questão, mas todos os outros atributos da autoridade parental também são exercidos em comum, onde ambos os pais se caracterizam por terem efetiva e equivalente autoridade parental para tomarem decisões importantes ao bem-estar de seus filhos.

Grisard Filho(2009) comenta que “garantir respeito absoluto ao princípio do melhor interesse da criança, que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária capaz de suprir todas as suas necessidades” é um dos sustentáculos justificáveis para que a guarda compartilhada seja aplicada.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

No entendimento de Dias (2015, p. 545) “apesar de ser prática recorrente - pois sempre existiu a tentativa de um dos pais de desqualificar o outro para os filhos - só recentemente é que começou a despertar a atenção” a respeito da alienação parental”. Nesse contexto, a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, conceitua como 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” (BRASIL, 2010)

Nesse entendimento, a alienação não é um comportamento praticado apenas pelos genitores, mas também por aqueles que possam conviver com o menor, tendo a falsa ideia de protecionismo, está na realidade causando um mal à saúde psíquica da criança.

Velly (2010) aduz que

“A síndrome de alienação parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição”.

Segundo esse entendimento, após as dissoluções conjugais, esta prática torna-se comum em um dos conjugues para impedir que o filho possa conviver com um dos genitores; esse ato é praticado pelos pais, quando resulta de divórcios e separações judiciais.

Já Dias (2015, p. 545) alude que a alienação parental é uma

“lavagem cerebral, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor alienador busca persuadir os filhos a

acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, levá-os a se sentirem amedrontados na presença do não guardião”

Para Fonseca (2006, p. 139) a Síndrome de Alienação Parental não se confunde com a mera alienação parental:

A alienação parental é o afastamento do filho de uns dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. E a síndrome da alienação parental, diz ‘respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.’

A partir do disposto pelos conceitos dos doutrinadores acima, pode-se perceber que a alienação parental não é um fato novo, e que a mesma desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos, promovendo uma “lavagem cerebral” para comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita.

Para Pinheiro (2009, p. 95)

Desde o advento da lei do divórcio e as posteriores alterações, as famílias chegaram às portas dos tribunais com maior frequência, quer para legalizar as situações de convivência, que de fato existiam na clandestinidade, quer para assegurar direitos que eram postergados ou definitivamente negados. A partir de então, os tribunais se tornaram arena, palco, onde se digladiam casais que antes se amavam e agora se detestam. Nesse entrechoque de sentimentos e interesses estão os filhos, com seus direitos claramente preteridos. Nem sempre a separação é um processo fácil, e em famílias muito desestruturadas pode ocorrer dos filhos serem usados para vingar-se do(a) ex no processo de separação, o que constitui a Síndrome de Alienação Parental. (grifo nosso).

Em conjunto com a alienação parental tem-se a Síndrome de Alienação Parental (SAP), também conhecida pela sigla em inglês PAS, que foi proposta em 1985 pelo médico psiquiatra americano Richard Gardner. A síndrome é caracterizada quando, a qualquer preço, o genitor guardião que quer se vingar do ex cônjuge, através da condição de superioridade que detêm, tenta fazer com que o outro progenitor ou se submeta às suas vontades, ou então se afaste dos filhos.

A síndrome da alienação parental, consiste, então, na conduta do pai ou da mãe que possui a guarda unilateral de denegrir o outro perante o filho, com

informações falsas e depreciativas, ao ponto de passar a rejeitá-lo. Segundo Buosi (2012, p. 54):

A implantação paulatina e constante na memória do filho pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do guardião descontinuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos (BUOSI, 2012, p. 54).

De modo que, observa-se que a alienação parental ocorre quando o filho afasta-se de um dos pais, ou ambos, e de seus parentes próximos, como os avós, tornando-os cada vez mais distantes, alheios, ao ponto da criança ou adolescente tornar-se órfão de pai ou pais vivos, o que é extremamente prejudicial por faltar-lhe a referência paterna ou materna.

Nesse contexto, a Lei n. 12.398, de 28 de março de 2011, acrescentou parágrafo ao art. 1.589 do Código Civil e modificou o art. 888 do Código de Processo Civil, para assegurar aos avós, a critério do juiz, o direito de visita aos netos, depois do fim do relacionamento conjugal dos pais da criança ou do adolescente.

A referida lei visa coibir a Síndrome da Alienação Parental e foi aprovada com a seguinte justificativa: se os avós têm por obrigação prestar auxílio material ao neto (CC, art. 1.696), o que se dirá do auxílio emocional incluído no convívio familiar.

É usual, ao término de um relacionamento conjugal, surgir desavenças e ressentimentos entre o casal e, não raras vezes, a tendência à vingança e represália, acarretando, via de regra, o afastamento da convivência dos filhos com o causador da dor e de seus demais familiares. Essa situação é conhecida como Síndrome da Alienação Parental. Nesse cenário, os avós são impedidos, por oposição injustificada, de manter relacionamento afetivo com os netos. A lei em apreço visa solucionar essa questão.

De acordo com Fonseca (2006) apud Dias, (2015), a alienação parental “é obtida por meio de um trabalho incessante levado a efeito pelo genitor alienante, muitas vezes até mesmo de modo silencioso ou não explícito”. De modo que, o que se pode inferir é que nem sempre a alienação parental é alcançada por meio de lavagens cerebrais ou discursos atentatórios à figura paterna. O que se percebe na

maior parte dos casos, é o fato de “o cônjuge titular da guarda, diante da injustificada resistência do filho em ir ao encontro do outro genitor, limita-se a não interferir, permitindo, desse modo, que a insensatez do menor prevaleça”.

Desse modo, por outro lado, ao não verem mais o genitor, sem compreenderem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se também desamparados e podem apresentar diversos sintomas. Assim, passam aos poucos a se convencer da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado (DIAS, 2015, p. 545).

Para Dias (2015, p. 545) com o advento da emancipação feminina, passando as mulheres a exercer atividades fora do lar, os homens “descobriram as delícias da paternidade e começaram a ser muito mais participativos no cotidiano dos filhos, diferente de tempos atrás onde os mesmos se conformavam apenas em pagar pensão alimentícia e às visitas quinzenais aos filhos”.

Atualmente, quando há separação, esses pais não mais se conformam com o rígido esquema de visitação, Dias aponta ainda que esse esquema é por “muitas vezes boicotado pelas mães, que se sentem “proprietárias” dos filhos, exercendo sobre eles um poder absoluto”

Em razão desse sentimento de propriedade relacionado aos filhos é que para Gonçalves (2012) muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejarão desejo de vingança, dinâmica que fará com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal.

Conforme Viviane Ciambelli, ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada, tornando-a mais

valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança.

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) não se confunde com a mera alienação parental, assim destaca Fonseca (2006, apud TOSTA, 2013). A alienação parental é o afastamento do filho de uns dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. E a síndrome da alienação parental, diz 'respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.'

Podemos presenciar na redação do art. 2º da Lei nº 12.318/2010, que impõe;

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 (BRASIL, 2010).

Descrita pela primeira vez em 1976 como 'alinhamento patológico', a dinâmica refere-se a uma situação em que uma criança excessivamente rejeita um pai não privativo de liberdade (TOSTA, 2013).

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Iniciada a disputa pela guarda da criança, esta é induzida a afastar-se de quem ama e que também a ama. Os ex-companheiros esquecem que os interesses da criança é que devem ser preservados, mas infelizmente, em muitos casos, não é isso que acontece, comenta Diniz (2010) "Com a intenção de afastar a criança do convívio com o outro genitor, o guardião fomenta a Alienação Parental que é o início, propriamente dito, do processo de afastamento entre genitor não guardião e o filho" (DINIZ, 2010).

A Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, visa coibir a denominada alienação parental. Dispõe o art. 2º da referida Lei:

"Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou

adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

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

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

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

A lei em apreço deixou claro o que caracteriza a alienação parental, transcrevendo uma série de condutas que se enquadram na referida síndrome sem, todavia, considerar taxativo o rol apresentado.

A lei estendeu os seus efeitos não apenas aos pais, mas também aos avós e quaisquer outras pessoas que tenham a guarda ou a vigilância (guarda momentânea) do incapaz. Esclareceu, também, como o Judiciário pode agir para reverter a situação. O juiz pode, por exemplo, afastar o filho do convívio da mãe ou do pai, mudar a guarda e o direito de visita e até impedir a visita. Como última solução, pode ainda destituir ou suspender o exercício do poder parental.

A referida Lei n. 12.318/2010, ao dispor sobre a síndrome da alienação parental, fortaleceu o direito fundamental à *convivência familiar*, regulamentado no Capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente e que diz respeito ao direito da criança ou adolescente ao convívio com ambos os pais. O art. 4º estabelece o rito procedimental a ser observado, nestes termos:

“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.”

Ao ser informado de indício de alienação parental, o juiz deverá determinar que uma equipe multidisciplinar realize e conclua uma perícia sobre o caso em até 90 dias (GONÇALVES, 2012). Após regular o procedimento de apuração da alienação parental, a lei em epígrafe especifica, no art. 6º, as sanções aplicáveis ao agente infrator, verbis:

“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;

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

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

VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

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

A partir do entendimento do que se trata a alienação parental pode-se inferir que quando ela ocorre, fica evidente a lesão ao direito de personalidade da criança e do adolescente, onde o genitor ou pessoas diretamente ligadas ao menor, tentam afastá-lo de um ente, implantando falsas acusações, tirando assim, todo o vínculo existente.

5 METODOLOGIA

A pesquisa que norteou este trabalho foi de cunho bibliográfico. Para GIL, (2002, p.44) a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Quanto à metodologia o trabalho fez a opção pelo método qualitativo. Esta opção se justifica porque o método escolhido permite uma coleta de informações sem que haja um significado preciso, os dados obtidos são retratados por meio de relatórios com o maior número possível de elementos existentes na realidade estudada, levando-se em conta os aspectos mais relevantes.

Enquanto procedimento, este trabalho se realizou por meio de observação indireta, visto que se fazem necessárias comparações que partem de uma universalidade para uma proposição particular, para formalizar a presente pesquisa. Na pesquisa, foram utilizadas doutrinas, legislações, artigos jurídicos da internet, por permitirem um maior arca bolso de informações sobre o tema proposto.

Para este estudo foram incluídos estudos que estiveram entre os anos de 2005 a 2016, indexado nas principais bases de dados jurídicas, usando os seguintes descritores: guarda compartilhada, melhor interesse do menor, alienação parental. Os artigos foram pesquisados na literatura nacional e internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar o instituto da guarda compartilhada como forma de garantir o melhor interesse do menor no ordenamento jurídico brasileiro e evitar a alienação parental e a síndrome da alienação parental. Assim, evidencia-se a necessidade da legislação brasileira acompanhar as mudanças na sociedade e família, para promover dessa forma direitos e deveres dos cidadãos. Nesse entendimento, afirma-se que quando existe a dissolução da sociedade conjugal e existe prole os acordos entre os genitores deve priorizar o melhor interesse do menor em questão, o que não existia há algum tempo no Brasil.

A alienação parental está, dentre outras formas, ligada diretamente aos processos judiciais envolvendo guarda, separação e divórcio. Esta forma de violência no desenvolvimento do menor surge por desavenças entre os genitores, onde o alienador busca atingir o alienado implantando falsas verdades afastando assim, o convívio destes é uma prática que prejudica todos os envolvidos do convívio familiar.

Objetivando a busca pelo melhor interesse do menor, a guarda compartilhada foi explicitada neste estudo e teceu-se comentários sobre o poder familiar e as atribuições que emanam dele como forma de resguardar a saúde e o pleno desenvolvimento físico e psicológico do infante. Assevera-se que a alienação parental pode decorrer de separações e divórcios não consensuais e que comportamentos como esses causam danos a prole.

Flagrada a presença da alienação parental, faz-se mister a responsabilização do alienador, pois este comportamento é uma forma de abuso e pode ensejar ou a reversão da guarda ou à destituição do poder familiar. Trata-se de postura que põe em risco a saúde emocional do filho, pois a mesma ocasiona severa crise de lealdade e enorme sentimento de culpa, o que certamente irá afetar seu sadio desenvolvimento mental.

Através da evolução das épocas, percebeu-se que os modelos instaurados de guarda que havia no ordenamento jurídico brasileiro não satisfaziam o melhor interesse da criança, nem promoviam a possibilidade de convivência mútua após a dissolução da sociedade conjugal; assim, instaurou-se pela Lei nº 11.698/08 o instituto da Guarda Compartilhada que busca solucionar conflitos existentes entre os

genitores e visa o melhor interesse do infante no sentido de conviver com ambos igualmente.

Assegura-se que o genitor que busca influenciar negativamente o menor contra o próprio pai/mãe deva ser punido no rigor da lei, pois a ausência de punição a quem coloca em risco o equilíbrio psíquico de uma criança faz com que continue aumentando os índices de jovens a adultos com transtornos psíquicos; muitas vezes as atitudes do ex-casal tem objetivo apenas vingativo, de que se constituem a alienação parental. Em nome da proteção integral, o juiz precisa agir e punir quem age de modo irresponsável manipulando os filhos (DINIZ, 2010).

A lesão aos direitos da personalidade de crianças e adolescentes em relação a alienação parental estará diretamente ligada ao fato de o desenvolvimento daquela se dá principalmente no âmbito da família. Portanto, com essa violência em prática, é evidente que não será adequada a formação integral e saudável do infante, isto posto que o menor não terá um ambiente adequado para sua formação.

De acordo com Lobo (2011), a guarda unilateral estimula o que a doutrina tem denominado alienação parental, quando o genitor que não a detém termina por se distanciar do filho, ante as dificuldades de convivência com este, ainda mais quando esse pai ou mãe constitui uma nova família. Dada à preferência da guarda para a mãe, é crescente o número de famílias chefiadas por mulheres separadas, em que os filhos são privados da figura paterna, em prejuízo para sua formação e estabilidade emocional.

Já a guarda compartilhada assegura a preservação da co-parentalidade e corresponsabilidade em relação ao filho, que tem direito de conviver e ser formado por ambos os pais, com igualdade de condições, evitando assim que se constituam situações de alienação parental. O Estado sempre deverá buscar a aplicação da Lei 12318/10 em favor do menor, buscando a proteção aos direitos fundamentais e aos direitos de personalidade, protegendo assim, à dignidade dos menores em todos os aspectos.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE NETO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.
- BARRETO, Luciano Silva. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I, 2012.
- BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962. **Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008. **Altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- BRASIL. Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014. **Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- BRASIL. **Lei de Alienação Parental**, Lei 12318 de 2010.
- BUOSI, Caroline. **Lei da Alienação Parental: O contexto sociojurídico da sua promulgação e uma análise dos seus efeitos**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.
- CARRION, Fabiane Queiroz. **A intervenção do Estado no Poder Familiar**. Monografia. 30 págs. Porto Alegre, 2014.

CHARTER, Luciana. **União Poliafetiva: A possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade familiar dentro do contexto atual em que se insere a família brasileira.** Monografia, 68 pag, Brasília, 2015.

CICCO, Cláudio. **Direito: tradição e modernidade.** São Paulo: Ícone, 1993. p. 21.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DILL, Michele; CALDERAN, ThanabiBellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011.

Disponível em: <

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em abr 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 23. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva: 2007, v. 5.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo.** 15ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. 1216p.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome de Alienação Parental.** Disponível em: <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>>. Acesso em: 19/04/2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 9ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafael Ferreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Equilíbrio da necessidade social pela existência da regulamentação das suas condutas frente a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por parceiros homossexuais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8901>. Acesso em mar 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** Vol. 5 - Direito de Família. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NOGUEIRA, Grasiéla. Aspectos fundamentais acerca do poder familiar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912>. Acesso em abril 2016.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V - Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2007.

PINHEIRO, Vera Lúcia Andersen. (Editorial). In: Ministério Público do Estado do Pará - Procuradoria Geral de Justiça. **Revista do Cao Cível**, Belém, ano 11, n.5, p. 1-195. jan-/dez. 2009. Disponível em: Acesso em: 21 Out 2016.

ROSA, Felipe Niemezewski. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro**. Monografia. Curso de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2008.

STACCIARINI, Alessandra. **Poder familiar: evolução histórica e legislativa**. JusBrasil, 2015.

TOSTA, Marlina Cunha. **Síndrome de Alienação Parental: a criança, a família e a lei**. Monografia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013.

VELLY, Ana Maria Frota. **Alienação Parental: Uma visão Jurídica e Psicológica**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=666>>. Acesso em 19/03/2016.

VIANA, Kátia Maria. **Alienação Parental: O instituto de mediação como possibilidade de resolução de conflitos**. Monografia, 30 págs. Lajeado, 2013.

