

FACULDADE REINALDO RAMOS / FARR
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS / CESREI
CURSO DE DIREITO

PABLO ROBERTO G. DE S. CHAVES OLIVEIRA

GUARDA COMPARTILHADA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

Campina Grande/PB

2014

PABLO ROBERTO G. DE S. CHAVES OLIVEIRA

GUARDA COMPARTILHADA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

Projeto de Pesquisa de Monografia
apresentada como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito à
Banca Examinadora da Faculdade Reinaldo
Ramos / FARR.

Orientador: Valdeci Feliciano Gomes

Campina Grande/PB

2014

PABLO ROBERTO G. DE S. CHAVES OLIVEIRA

GUARDA COMPARTILHADA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

Aprovado em: ____ de _____ de 2014

BANCA EXAMINADORA

.....

Mestre Valdeci Feliciano Gomes

Faculdade Reinaldo Ramos/FARR

Orientador

.....

Prof. Rodrigo Araújo Reul

Faculdade Reinaldo Ramos/FARR

.....

Prof. Gustavo Giorgio Fonseca Mendonza

Faculdade Reinaldo Ramos/FARR

Dedico o presente trabalho ao meu filho Pablo, razão do meu viver e à minha amada esposa Flávia Lacerda, por todo apoio, compreensão e força, bem como ao meu pai e minha mãe, minhas maiores referências que me fazem 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.

À minha querida Esposa, que me incentiva em todos os momentos da vida; que soube apoiar umas escolhas e me conduzir outras. Você que é a companheiro que Deus colocou em minha vida, pra me ajudar nesse caminho de pedras. Eu te amo.

Ao meu filho, por ter dispensado momentos incríveis que poderíamos estar juntos.

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

A minha amada mãe, por ter cuidado de mim e me ensinado a ser um homem de verdade; por me amar incondicionalmente e pelos conselhos valorosos. Deus não poderia ter dado uma pessoa melhor para me conceber e para eu chamar de Mãe.

Em especial, o 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 tem; 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 Valdecir, 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 Trabalho de pesquisa intenta, a partir de um elaborado estudo histórico-legislativo da família no ordenamento pátrio contemporâneo e da observância das disputas pela guarda, assim como, pelos fatores que instigam os conflitos que se originam no grupo familiar, no que carregam consigo toda uma carga afetivo-emocional bastante intensa, e chama atenção para o perigo da instalação da Síndrome da Alienação Parental. Atribuíse, portanto, como principal objeto do trabalho, a Guarda Compartilhada como meio de menor impacto em contraponto ao exercício tirano da Alienação Parental, o qual é caracterizado por uma campanha de descrédito de quaisquer dos genitores ao outro. Assim, diante do fim de uma relação conjugal que decorre de forma conflituosa, os filhos podem ser utilizados como arma de vingança, via de regra, pelo genitor detentor da guarda única, onde se inicia o fenômeno da alienação parental, em que o alienador se utiliza de meios, certamente, mal-intencionados ao criar uma relação muito mais intensa com o filho, de forma a assumir o controle total da situação, promovendo uma verdadeira “lavagem cerebral” no menor, direcionado a destruir qualquer vínculo deste com o outro genitor.

Palavras-chaves: Família. Guarda Compartilhada. Síndrome da Alienação Parental.

ABSTRACT

The present research work intends, from an elaborate historical- legal study of the contemporary paternal family planning and compliance disputes for custody, as well as by the factors that instigate conflicts that originate in the family group, they carry with them the emotional-affective a whole load quite intense, and call attention to the danger of installing the Parental Alienation Syndrome. Therefore ascribe as the main object of the work, shared custody as a means of low- impact exercise in counterpoint to the tyrant of parental alienation, which is characterized by a campaign to discredit any of the parents to other. Therefore in the face of marital disruptions that resulting in a conflicting way, children can be used as a weapon of revenge, as a rule, the holder of the single parent custody, where begins the phenomenon of parental alienation, in which the alienator is used media certainly malicious to create a much more intense relationship with the child in order to take full control of the situation by promoting real "brainwashing " in smaller, targeted to destroy any link this with the other parent.

Keywords: Family. Shared custody. Parental Alienation Syndrome

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
2. DA FAMÍLIA	111
2.1 EVOLUÇÃO NA HISTÓRIA	11
2.2. EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	12
2.3 DO PODER FAMILIAR	14
2.4 DO PODER FAMILIAR E SUA TITULARIDADE	16
2.5 EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E DA PERDA DO PODER FAMILIAR	18
2.5.1 EXTINÇÃO	20
2.5.2 SUSPENÇÃO	22
2.5.3 PERDA	23
3. GUARDA COMPARTILHADA	255
3.1 CONCEITO	25
3.2 TIPOS DE GUARDA	27
3.2.1 GUARDA ORIGINÁRIA E DERIVADA	28
3.2.2 GUARDA PROVISÓRIA, DEFINITIVA E GUARDA UNILATERAL	299
3.2.3 GUARDA ALTERNADA	30
3.2.4 ANINHAMENTO OU NITIÇÃO	311
3.2.5 GUARDA COMPARTILHADA OU CONJUNTA	32
4. SAP - SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL	344
4.1 DEFINIÇÃO	355
4.2 EFEITOS DA SAP PARA OS FILHOS	36
4.3 ALIENAÇÃO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
4.4 A GUARDA COMPARTILHADA - INSTRUMENTO CAPAZ DE EVITAR A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL	422
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	454
REFERÊNCIAS	499
ANEXO 1	522
ANEXO 2	555

INTRODUÇÃO

Ramo do direito civil que estuda as normas relacionadas ao casamento, a filiação é um instituto de grande importância no direito de família, sua validade e seus efeitos, as relações, sejam pessoais ou econômicas dessa sociedade conjugal até sua dissolução. É analisado de forma especial, as relações paterno-filiais, e uma questão de suma importância a ser esclarecida, é que esta relacionada à limitação da guarda dos filhos concedidos pelo Juiz a um dos cônjuges, guarda unilateral, por algum tempo essa foi uma prática adotada no ordenamento jurídico brasileiro, posto a crê que, por ser a genitora cabida de um instinto materno presente, seria esta quem deveria sempre ficar com a guarda, salvo, quando por motivo de força maior isso não fosse possível, devendo, portanto ser demonstrado.

Este trabalho monográfico visa estudar a Guarda Compartilhada e a Alienação Parental, como um novo modelo de responsabilidade parental e os efeitos dos desacordos, que apesar de muito tempo, vem sendo analisado uma forma de implantá-la, tratando-se de um instituto recente, nascido na Constituição Federal de 1988, aplicando às relações familiares. Outros diplomas legais com o Código Civil 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foram de suma importância, posto que focou diretamente os direitos da criança e do adolescente, com foco no interesse do menor.

Para se diminuir tal celeuma, tem-se a Guarda Compartilhada apresentando inúmeras vantagens tanto para os filhos quanto para os seus genitores separados judicialmente, uma vez que este modelo vem quebrando todos os paradigma de que a responsabilidade existe apenas para aquele genitor detentor da guarda, incentivando a paternidade responsável, tendo em vista que os genitores participarão entre pais e filhos, salientando que não se deve haver o rompimento da relação parental, apenas por ter ocorrido a ruptura da sociedade conjugal.

O sistema judiciário brasileiro vem buscando em acordo com os cônjuges no momento da dissolução da sociedade conjugal, a melhor forma de manter equilibrado o relacionamento afetivo entre pais e filhos, desta forma, visando assegurar uma aplicação mais eficaz do princípio do melhor interesse da criança. Vala salientar que a guarda compartilhada nada mais é do que dividir a ambos os pais a igualdade de direito e deveres com a educação e formação no dia-a-dia de seus filhos, desta forma se mantém viva a relação existente entre pais e filhos, que não se extingui com a dissolução da sociedade conjugal.

Devesse observar ainda o convívio entre as partes, almejando sempre um melhor desenvolvimento psicoemocional para criança, que não jamais poderá se extinguir com a

dissolução da sociedade conjugal, tentando se afastar o máximo da possibilidade de gerar uma alienação parental desencadeada pelo rompimento dos laços afetivos.

Desta forma, a problemática que envolve o incluso tema consiste em estudar o instituto da guarda compartilhada, como um novo modelo de responsabilidade parental, buscando ao final desta pesquisa, desenvolver uma solução prática, no sentido de explicar e entender se a guarda conjunta seria o modelo de guarda mais condizente com nosso ordenamento jurídico e em contra-posto, procurando sempre explicar a chamada síndrome da alienação parental, levando-se em consideração os aspectos econômicos e sociais vividos pelas famílias brasileiras.

O presente estudo ainda traz como objetivo geral verificar, através de estudos aprofundados, se a Guarda Compartilhada seria o modelo de guarda mais apropriado a ser aplicado após a ruptura dos elos conjugais. Para tanto, recorrer-se-á aos seguintes objetivos específicos: análise dos benefícios que institui a Guarda Compartilhada, verificando-se, a possibilidade jurídica, social e cultural de sua aplicação.

O estudo científico proposto aqui, traz alguns procedimentos metodológicos que serão adotados, a fim de conferir um maior grau de cientificidade à pesquisa. Por partir do conceito de que o direito é um fenômeno cultural que se desenvolve no espaço e no tempo, assim, os conceitos de filiação não são estáticos, sofrendo alterações para melhor atender a sociedade, como forma de atingir o melhor interesse da criança.

O procedimento que é utilizado na construção deste Trabalho de Conclusão de Curso aqui proposto, é a pesquisa exploratória, desta forma, se faz necessário desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e idéias, pois o interesse prioritário é manter um maior contato com as características e com a realidade do universo que estará sendo estudado, relatando de forma clara, que neste caso é refletir sobre os danos psicológicos sofridos pela criança após a dissolução da sociedade conjugal, principalmente na ocorrência da Síndrome da Alienação Parental.

Assim utilizará uma pesquisa bibliográfica, baseado em materiais já existentes, como livros, legislação, artigos científicos, jurisprudências, entre outros. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica por “abranger toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, materiais cartográfico, etc.” (LAKATOS; MARCONI, 2006, p.71). Falasse aqui de uma pesquisa de documentação indireta, fazendo uma análise de dados através da leitura informativa.

Em complemento, será desenvolvida uma pesquisa empírica, com análise de documentos, para averiguar os entendimentos majoritários quanto a utilização do instituto da guarda compartilhada, e seus benefícios, em relação ao binômio pais e filhos e seu relacionamento e a chamada Síndrome da Alienação Parental como modelo a ser evitado.

Também será utilizado o tipo de pesquisa descritiva, mediante estudo detalhado do Direito de Civil em consonância com o Direito da Criança e do Adolescente, através de ampla investigação bibliográfica, pesquisou-se a opinião dos autores, seus questionamentos, e suas ponderações acerca do presente estudo.

A metodologia utilizada servirá para apresentar uma organização que se segue: o primeiro momento iniciamos uma pauta sobre a evolução da família desde o surgimento até os dias atuais, abrangendo seu conceito, seus sujeitos de direito, suas características, titularidade e conteúdo. Ainda neste ponto inicial, discorreremos sobre o Poder Familiar, ou o Pátrio Poder, o seu conceito e sua definição nos instrumentos jurídicos.

Logo após discorreremos do instituto da Guarda Compartilhada. Nele apresenta-se o conceito de guarda deste instituto e uma abordagem preambular sintetizada. Apresentamos também os tipos de guarda utilizados no Brasil. E para finalizar este assunto discutiremos com mais ênfase o instituto da Guarda compartilhada no que diz o ordenamento jurídico brasileiro.

O tema finalizador será dedicado A Síndrome Da Alienação Parental (SAP). Por se tratar de um instituto novo no Brasil, promove a discussão em algumas considerações, enfatizando pontos relevantes que merecem atenção pela jurisprudência nacional e doutrina. Revelar-se-á a Alienação Parental como uma forma de abuso psicológico, proveniente de uma disputa judicial nos processos de separação, em que os pais usam os filhos para se vingar do outro genitor ou para ter somente para si a guarda definitiva da criança. Esse processo além de poder trazer sérias conseqüências emocionais para os filhos, pode provocar problemas psiquiátricos para o resto da vida.

Para tanto, espera-se ter apresentado uma metodologia válida, bem como um trabalho satisfatório, atendendo aos objetivos almejados.

2. DA FAMÍLIA

A Família, que é um termo de difícil conceituação, pode ser compreendida como um grupo de pessoas ligadas por vínculos jurídicos e afetivos, decorrente do casamento ou simplesmente do parentesco.

Esse termo família, portanto, é utilizado, mesmo no campo jurídico, de maneiras diversas, abrangendo um número maior ou menor de pessoas, dependendo da acepção adotada. Algumas vezes, abrange apenas o casal e sua prole, outras vezes abrange também os parentes em linhas reta, os colaterais e afins.

2.1 EVOLUÇÃO NA HISTÓRIA

O surgimento da família, como instituição grupal, é bastante controvertido. Tendo sua estrutura atual como referência, o Direito Romano:

(...)“Não há na história dos povos antigos e na Antiguidade Oriental como na Antiguidade Clássica o surgimento de uma sociedade organizada sem que se vislumbre uma base ou seus fundamentos na família ou organização familiar. O modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana que, por sua vez, se estruturou e sofreu influencia no modelo grego.”(...)
(NOGUEIRA, 2007).

O Código Civil brasileiro de 1916, ainda refletia uma estrutura familiar bastante hierarquizada, prevendo uma forte submissão da mulher em relação ao seu marido, detendo este último, com exclusividade, o Pátrio Poder. A família era constituída de forma matrimonial, patrimonial e patriarcal, além de ser caracterizada apresentando forte hierarquia. O casamento era indissolúvel. Não era admissível a existência de outros modelos familiares além daquele advinda do casamento heterossexual. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram considerados força de trabalho. Sua finalidade precípua era a produção e a reprodução (GOMES, 2009, p.113).

Junto ao advento da Constituição Federal de 1988, significativas transformações foram feitas “a família”, em relação a sua estrutura, como também quanto a sua função. Tem importância fundamental por ser a base do um Estado, o núcleo em que se fundamenta a organização social. A família é considerada uma instituição necessária e sagrada, que merece a mais ampla proteção do Estado.

Neste contexto é que se estrutura a Constituição Federal e o Código Civil. Assim não se encontra um único conceito de Família, porque dentro do próprio direito a sua natureza varia conforme o ramo seguido. Assim sendo, após minuciosa avaliação em torno do conceito de família é possível afirmar que grandes mudanças foram feitas entorno deste. Mudanças essas que podem ser observadas desde o advento da Carta Magna de 1988 que trouxe na sua base reformulações jurídicas do conceito deste instituto o reconhecimento constitucional da existência da Família Monoparental bem como do Companheirismo.

Outrora, estas mudanças foram expressamente regulamentadas pelo Código Civil brasileiro, com o objetivo de ajustar o ordenamento jurídico à nova realidade social e cultural, ainda que não em toda sua integralidade. A partir deste momento em diante, a família deixou de ser aquela formada pela união de um homem, uma mulher e sua prole.

É importante notar que o conceito de família foi ampliado no sentido de também reconhecê-la como sendo um conjunto de pessoas que se vincula pelo matrimônio, pelo companheirismo, pela filiação sócio-afetiva, pela filiação biológica, passando o termo família a apresentar uma pluralidade de significados. É através dela que se propagam os valores éticos e morais que nortearão à conduta humana bem como de suas relações em sociedade.

A instituição familiar por esta constantemente em mudança em transição até os dias de hoje, seja no tocante à sua constituição, seja quanto à sua dissolução, pois tais transformações não decorrem de indivíduos, de governos, de instituições sociais, culturais ou jurídicas, é uma transição de dimensão mundial que vem causando reflexos na instituição familiar.

2.2. EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Com base no Direito Romano, o agrupamento familiar, denominado família *próprio iure*, era constituído por um chefe absoluto, chamado o *pater familiae*. A família era organizada sob o princípio da Autoridade. O chamado “*pater familias*” exercia sobre a

mulher uma autoridade, a qual se encontrava totalmente subordinada, como também sobre os filhos detinha o direito de vida e de morte, podendo até vendê-los.

Com o passar do tempo, os poderes ilimitados foram diminuindo. Sem dúvida, a maior influência sofrida pelo Direito de Família se deu pelo cristianismo, Direito Canônico, e a conseqüência crença em um Deus único, tendo a igreja como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada. O imperador Constantino, instala no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. O que originou a idéia de que o “organismo família” seria formado tão-somente com a existência do casamento, fazendo a inter-relação entre a entidade familiar e o casamento considerando, conseqüentemente, ilegítima qualquer outra pretensão à família que não viesse do matrimônio.

Contudo, como conseqüência das incessantes transformações históricas, culturais e sociais ocorridas com o passar dos anos, esta seara do Direito, desvincula-se do Direito Canônico, abandonando os seus dogmas, passando a seguir sua própria direção adaptando-se à nossa realidade.

Ainda neste contexto, afirma-se que até meados do século XX o estilo de família baseado no modelo com um patriarca, foi a mais sólida instituição brasileira, vindo a sofrer em sua base abalos até a sua total decadência, com a explosão urbana e o crescente desenvolvimento industrial, desencadeadas pelas revoluções tecnológicas, pelas grandes modificações na economia e na própria sociedade, que ocorreram na realidade de nosso País e, finalmente, transformações no comportamento social, deixando assim de ser o sexo, casamento e reprodução, o fundamento da família.

Junto a promulgação de nossa Carta Magna de 1988, que ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, que o Direito de Família veio a se modernizar. Criando desta forma, um tratamento mais moderno e liberal aos modelos de família no Brasil existentes até então, desvinculando-a em definitivo do casamento como único meio legítimo de se constituir um Núcleo Familiar. Porém, por outro lado, ao mesmo tempo vetou-se todas e quaisquer designações discriminatórias relativas à Filiação.

Hoje, juridicamente todos os filhos são iguais, gozando de especial tratamento dentro da ordem constitucional, sendo-lhes assegurada toda proteção dos direitos fundamentais.

Apenas após a criação da nova Constituição Federal de 1988 é que a família passou por importantes transformações, tanto com relação a sua função, como também quanto a sua estrutura. E graças a essas mudanças a família atual está mais atrelada ao desenvolvimento da

personalidade dos filhos e da promoção da dignidade de seus integrantes. E consagradas no Código Civil vigente no que diz respeito ao novo conceito de família, reflete o estágio atual da família em que se encontrar o instituto, como resultado dos clamores da sociedade ao longo dos tempos, visando a incorporação deste novo modelo pela sociedade.

Após o advento do nosso Código Civil de 2002, sob a denominação de poder familiar, prestigiando o Princípio Constitucional da Igualdade entre homens e mulheres, cabe aos pais a responsabilidade pela administração do núcleo familiar além de absolver e expressar que a família é constituída pelos os membros que a integram, valorizando a Paternidade Responsável.

Atualmente é um dos principais pilares de sustentação no novo Direito de Família. Era um entendimento pacífico firmado no meio jurídico por um longo período de tempo, que desfeita a sociedade conjugal, a guarda era atribuída a apenas um dos ex-cônjuges, configurando, assim, o modelo de Guarda Uniparental. Com o decorrer do tempo e ainda como reflexo das mudanças sociais constantes, visando priorizar por uma paternidade responsável, aportada na Constituição Federal de 1988, cresce no meio jurídico uma nova modalidade de guarda de filhos denominado de Guarda Compartilhada Ou Conjunta.

2.3 DO PODER FAMILIAR

Junto à Carta Magna de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8069/90), em seu artigo 21, fica claro que o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo o pai e pela mãe, na forma em que se encontra a legislação, ainda que utilizando em seu texto o termo “pátrio poder”. Progressivamente o instituto vai adquirindo feições de “Dever”, deixando de ser um “Poder”.

Apesar de a matéria encontrar-se disposta nos artigos 1630 ao 1638 do atual Código Civil, harmonicamente com a Constituição Federal de 1988, não se vislumbra nestes um conceito definitivo. Analisando estes artigos, encontram-se apenas os comandos legais que regulam o poder familiar. Destarte, tendo em vista a omissão dos legisladores, transferiu-se aos doutrinadores a tarefa proceder com a conceituação legal do instituto. Onde muitos doutrinadores, entre eles Orlando Gomes, José de Farias Tavares, Caio Mário da Silva Pereira defendem a idéia da substituição do termo “pátrio poder”, sugerindo outras denominações, tais com “poder protetivo”, “pátrio dever”.

A consagrada Autora, Maria Helena Diniz, apresenta uma definição que sintetiza o pensamento de alguns doutrinadores:

(...)“O poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados.”(...) (DINIZ, 2002, p.443).

Assim sendo, podemos afirmar, que o poder familiar é o complexo de direitos e deveres, ou seja, o poder-dever, que os pais têm em relação aos seus filhos menores, bem como a seus bens. Englobando, desta forma, a proteção, o cuidado, o dever de sustento, da educação, de assistência moral e material que nada mais são, que obrigações dos pais para com os filhos menores.

Rodrigues (2002, p.398) firma que:

(...)“o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”(...)

Desta forma, o rol dos direitos e deveres dos pais para com os filhos menores são inúmeros, e têm caráter protetivo, que deve ser exercido no melhor interesse para os menores.

Neste mesmo posicionamento, Venosa (2007, p.287) diz que:

(...)“o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, tanto no que concerne à pessoa destes como aos seus bens”(...)

É também o que dispõe o (ECA) - Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), que em seu artigo 21 esclarece que, o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo o pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação, mesmo que ainda utilizando em seu texto o termo “pátrio poder”, mesmo defendendo a igualdade entre os pais.

Fazendo uma análise detalhada, Venosa (2007, p. 136) dar o conceito e apresenta, ao menos, cinco características essenciais deste instituto, a saber:

- *Irrenunciabilidade*: não será permitida aos pais, em nenhuma circunstância, a renúncia ao poder familiar, uma vez que tal poder manifesta-se como um dever-função inerente à obrigação de proteção à prole;
- *Indisponibilidade*: o poder familiar é indisponível, uma vez que assegura ao menor o recebimento de seu direito à assistência;
- *Imprescritibilidade*: por se tratar de um direito de ordem pública, o poder familiar é imprescritível.
- *Direito de proteção*: garantir a proteção do menor para o seu pleno desenvolvimento como um cidadão consciente, fundado nos preceitos ético e moral;
- *Temporariedade*: o poder familiar possui um termo final extinguindo-se no dia em que o menor alcançar a maior idade ou com sua emancipação.

Apesar de o poder familiar ser imprescritível, há casos que analisaremos adiante que poderá levar a perda deste poder, temporária ou definitiva, de acordo com o grau de infração cometida pelos pais.

2.4 DO PODER FAMILIAR E SUA TITULARIDADE

Para Pereira (2004, p.421), seria o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições, segundo o art.226, §5º, da Constituição Federal de1988.

Dessa forma, o poder familiar seria os direitos e deveres dos pais, de forma igualitária, exerce sobre o filho, não importando se de origem conjugal, somente sexual ou adoção, menor e não emancipado, tendo em vista o melhor interesse do filho, que venha a proporcionar um desenvolvimento pleno da prole.

O Novo Código Civil (2002) traz expresso no seu art. 1.634, os direitos e deveres dos pais, relativo quanto à pessoa do filho, quais sejam:

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

I – dirigir-lhes a educação e a criação;

Compete aos pais, de forma inegável, o dever de educar os filhos, colaborando para formação do seu caráter, tornando-os úteis a sociedade, seja moral, intelectual e cívico. Tem-se que o local mais recomendável para iniciar a formação dos filhos pelos pais, é justamente o lar, que posteriormente contará com o auxílio da escola e professores. A mesma determinação disposta nesse inciso, também se repete no artigo 1.566, IV, do Código Civil, quando trata da obrigatoriedade competente aos cônjuges do dever de educação, bem como da guarda dos filhos. Ressalta-se que a infringência ao dever de criação e educação está disposto no artigo 244 e 246 Código Penal, inclusive, sujeito a punição, igualmente disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

II – tê-los em sua companhia e guarda;

Há quem acredite que esse é apenas um direito dos pais, porém, totalmente equivocado, posto que se refere a uma dever dos pais em relação aos filhos, para que possam orientá-los e supervisioná-los. Tanto o pai quanto a mãe possui o direito de ter os filhos em sua companhia e guarda, por essa razão, mesmo estando separados, nenhum deles pode alegar preferência para reclamar esse exercício. Salienta-se que a guarda por si só não constitui o exercício do poder familiar, ou seja, mesmo se determinado judicialmente numa separação ou divórcio, que um dos cônjuges passa a ter a guarda dos filhos, não significa dizer que o outro cônjuge foi exonerado quanto aos deveres do poder familiar, nem tão pouco aos deveres de criação e educação.

III – conceder-lhes ou negarem consentimento para casarem;

Em se tratando de prerrogativa do poder familiar, cabe aos pais conceder ou negar consentimento aos filhos para casarem, entretanto, havendo recusa sem justo motivo, ou até mesmo impossibilidade de ambos os cônjuges consentirem, essa ausência poderá ser suprida pelo juiz, conforme legalmente previsto no artigo 1.519 do Código Civil. Esclarece-se que não há na lei um entendimento claro do que vem a ser motivo justo, ficando ao livre convencimento do juiz.

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

Ninguém melhor que os próprios pais para escolhe quem possui condições, para no caso de sua morte, cuidar de seus filhos e respectivos bens.

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

Derivado do poder familiar, tal determinação difere o menor impúbere, que será representado, como sendo aquele até os dezesseis anos, pois são absolutamente incapazes, do menor púbere, que será assistido, como sendo aqueles com idade entre dezesseis e dezoito anos, por serem relativamente incapazes.

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

Através da busca e apreensão, é a medida judicial cabível para fazer valer esse inciso. Entretanto, para que o pedido seja deferido, é necessário que a detenção do menor seja ilegal por privar os pais de manter os filhos sob sua companhia e guarda.

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

Esse inciso, de forma implícita, autoriza os pais a aplicar, de forma moderado, corretivos aos filhos menores, se estes forem desatenciosos e grosseiros, pois o respeito e a obediência dos filhos para com os pais deverão se consequência dos valores transmitidos pelos pais.

Não obstante se tratar de obrigação decorrente de responsabilidade dos pais em relação aos filhos, o inciso primeiro prevê o dever imposto pelo Estado aos pais de criação e educação dos filhos menores de idade, sob pena de sanções civis, como a suspensão ou perda do poder familiar e penal, tipificado no Código Penal; sendo facultado aos pais apenas a escolha dos métodos filosóficos e religiosos por meio dos quais os referidos deveres serão cumpridos. Por ser imposto pelo Estado, cabe a este a tarefa de fiscalizar o exercício legal dos mesmos.

Dessa forma, compete aos pais, em igualdade de condições, o exercício do poder familiar, irrelevante sejam eles casados, separados solteiros ou companheiros. O poder familiar é incompatível com a tutela ou a curatela, que procuram substituí-los, assim, havendo um tutor ou curador, sabe-se que o incapaz não estará submetido ao poder familiar.

2.5 EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E DA PERDA DO PODER FAMILIAR

É de se observar que o poder familiar sendo um múnus público, seu controle deve ser feito pelo Estado através de normas que prevêm casos no qual os pais não observando o

interesses dos filhos, ou mesmo, prejudicando-os, poderá ocorrer a suspensão do poder familiar.

A perda ou destituição constitui espécie de extinção do poder familiar, decretada por decisão judicial. Assim como a suspensão, constitui uma sanção que será aplicada aos genitores por infração ao dever que os compete, de exercer a *patria potesta* em conjunto com as normas regulamentares, que visam atender ao melhor interesse do menor.

O juiz deverá diligenciar em busca da prática de provas incontestas e irrefutáveis que o leve a convicção de que realmente houve por parte dos pais ou de um deles a prática de atos nocivos e abusivos causadores de danos ao menor, capaz de comprometer a sua plena formação e desenvolvimento moral e psicológico.

Bem como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seus artigos 155 a 163, que o Ministério Público ou qualquer interessado é legitimado para instaurar procedimento judicial que autorize a perda ou a suspensão do poder familiar. Vale ressaltar, desta forma, que só será possível a perda ou suspensão do poder familiar se houver Procedimento Judicial Contraditório.

Venosa (2007. p. 362), esclarece sobre os procedimentos para a perda e suspensão do poder familiar, se não vejamos seu entendimento:

Os procedimentos de perda ou suspensão do poder familiar terão início por iniciativa do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, conforme o art.24 e o art.155 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa. A competência para essas ações será dos juízos da infância e do adolescente (art. 148, parágrafo único, b, da mesma lei). O procedimento é regulado pelos arts. 155 ss do ECA. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar deverá ser averbada no registro de nascimento no menor (art.164 do Eca e art.102, § 6º, da Lei dos Registros Públicos).

Desta forma, a destituição do poder familiar aparece como uma proteção aos filhos menores, extremamente rigorosas e complexas, não havendo dúvidas de que esta destituição acarreta grandes seqüelas. Por esse motivo somente se efetivará a perda desse direito quando a sua manutenção configurar de forma cristalina perigo à segurança e à dignidade do filho.

2.5.1 EXTINÇÃO

Pode acontecer a extinção do poder familiar por fatos naturais, de pleno direito, ou mesmo por decisão judicial. O Código Civil descreve os atos que têm como consequência a extinção do pátrio poder, como narra o artigo 1.635:

Art.1635. Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art.5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por adoção judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

Aduz o inciso I que ocorrendo o evento morte dos pais ou dos filhos, extinto estará o poder familiar, visto o seu caráter personalíssimo e a inexistência de relação jurídica. Falecendo apenas um dos genitores, o outro será detentor exclusivo da guarda, e no caso em que ambos falecem, há a nomeação de tutor através de um procedimento judicial, para se dar seqüência à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais do órfão. Já com a morte do filho, desaparece a razão de ser do instituto.

Dá-se a emancipação por concessão dos pais, onde o menor atinge antecipadamente de forma suplementar maioridade absoluta, tornando-se apto para todos os atos da vida civil, pondo fim à dependência do poder parental. A base legal regulamentadora do instituto da emancipação encontra-se disposta no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil.

Conforme consta no inciso III, a maioridade faz cessar inteiramente a subordinação dos pais.

Vale salientar que a adoção também extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, que será transferida ao adotante. Neste mesmo sentido, extingui-se os laços familiares entre o adotado e sua família biológica, e conseqüentemente, as obrigações e deveres inerentes ao poder parental. Frisasse que em caso de falecimento dos pais adotivos, não importa dizer que se restaura o poder familiar aos pais biológicos, devendo ser nomeado tutor ao menor, por decisão judicial, e permanecerá inviolado os impedimentos matrimoniais com a família de sangue.

O inciso V foi inserido com o advento do novo Código Civil, incluindo a decisão judicial que decreta a perda, na hipótese do artigo 1.638 do Código Civil, como forma de extinção do poder familiar.

A Jurisprudência entende da matéria nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR - MAIORIDADE - DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.635, III DO CÓDIGO CIVIL. O simples advento da maioria dos filhos põe termo ao poder familiar, sendo desnecessário para tal mister a intervenção do Poder Judiciário. (1.0460.04.013477-3/001(1) – Agravo de Instrumento, Relator DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA, 5ª Câmara Cível do TJMG, julgado em 03/02/2005, DJ 22/02/2005).

APELAÇÃO - DIREITO DE FAMÍLIA - ADOÇÃO - CRIANÇA INSERIDA NO ÂMBITO DA FAMÍLIA SUBSTITUTA - INTERESSE DO MENOR - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 43 DO ECA - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECURSO DESPROVIDO. A falta de recursos materiais não constitui pressuposto para a destituição do poder familiar, medida extrema a ser apurada em procedimento judicial amplo e irrestrito. Todavia, conforme orientação jurisprudencial dos tribunais pátrios o mesmo não ocorre acerca da carência de amor, afeto, atenção, cuidado, responsabilidade, compromisso e proteção para com o menor, pois tais sentimentos são imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento, 38 especialmente se este já se encontra inserido em outra família, sendo certo que a adoção deve ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art. 43, do ECA), o que efetivamente é o caso dos autos. (1.0309.04.004066-4/001(1) – Apelação, Relator EDILSON FERNANDES, 6ª Câmara Cível do TJMG, julgado em 17/07/2007, DJ 11/09/2007).

É de suma importância destacar que, mesmo que contraia novas núpcias ou estabelecer união estável, os pais não perdem seus direitos do poder familiar com relação aos filhos havidos na relação anterior, conforme previsto no artigo 1.636 do Código Civil, exercendo-os

sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro, até porque os casos de perda do Poder Familiar só se darão nos casos acima citados.

2.5.2 SUSPENSÃO

A suspensão se classifica como uma medida menos grave, uma consequência é que cessando a causa que a gerou, pode o juiz cancelá-la, sendo um momento propício para o retorno do menor a companhia dos pais, ou seja, é a medida que impede temporariamente o exercício do poder familiar.

O Código Civil traz de forma genérica, as causas determinantes da suspensão do poder familiar, a sua ocorrência se caracteriza quando o comportamento dos pais prejudica os filhos, quanto a sua pessoa ou bens do menor, os pais terão o poder familiar suspenso, através de uma decisão judicial, pelo tempo que o juiz interpretar necessário.

O artigo 1637 do Código Civil e o seu parágrafo único trazem descritas essas condutas consideradas graves. Senão vejamos:

Art. 1637 – Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, CODIGO CIVIL, 2002).

Em harmonia com o diploma cível, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 24, X se refere à suspensão do poder familiar nos seguintes termos:

Art. 24 - A perda e suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (BRASIL, ECA, 1990)

Em conformidade com o artigo 22 acima citado pelo artigo 24, dirige-se aos casos de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações, os quais são o de sustento, guarda e educação da prole menor.

Ressalta-se que a suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor.

Nesse diapasão, pode-se afirmar, que aqueles pais que abusarem de sua autoridade, que não cumprirem deveres do poder familiar ou que arruinarem os bens dos filhos poderão ter suspenso o poder familiar, isso com a finalidade de proteger o menor, que será entregue a guarda provisória a uma pessoa, preferencialmente, que seja parente próximo, até que os pais recuperem o poder familiar.

Desta forma, o que dá à suspensão um caráter temporário, é que a infração dos deveres dos pais não é tão grave a ponto de justificar a destituição do poder familiar e pode ser total ou parcial, sempre levando em conta as causas, a gravidade, as circunstâncias e tudo mais que envolvem o inter-relacionamento entre os pais separados e a sua convivência com os filhos.

Vale ressaltar que a presença do Ministério Público nos casos que envolvam, mesmo a suspensão é necessária mesmo que não seja parte do processo.

2.5.3 PERDA

A perda do pátrio poder se trata de uma sanção grave imposta aos pais, de uma medida imperativa e não facultativa, ocorre quando não forem cumpridos os deveres em relação aos filhos. É uma declaração que o pai não está capacitado para exercer essa função, visando o interesse do filho, será destituído do cargo de titular do poder familiar.

As causas que levam a perda do poder familiar são disciplinadas no art. 1.638 do Código Civil, como vemos:

Art.1.638. Perderá por tão judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrário à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

(BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

No inciso I, menciona “castigos imoderados”, o que se afigura atentatório aos direitos da integridade física do filho. É necessário ter discernimento de que os castigos que a lei repele são os excessos e a violência que colidem com a dignidade humana. Assim, o pai ou a mãe que usar de maus tratos, opressão, violência contra o menor, estará sujeito a perda do poder familiar, inclusive sendo responsabilizado civilmente por danos morais. Como também, o Código Penal no artigo 136 prevê e descreve esse crime como sendo crime de maus-tratos.

O inciso II, fala no caso de abandono. Sendo este de incapaz é crime devidamente inserido no artigo 133 do Código Penal, considerado como tal o ato de abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

O inciso III, foi mais genérico, pois abrangeu as práticas de atos contrários à moral e aos bons costumes, evitando assim que os pais tornem-se maus exemplos para a formação dos seus filhos. Pode, portanto, se considerar menor em situação de irregular, aquele que se encontra, de modo habitual, em locais promíscuo, inadequados, contrários aos bons costumes. Se o casal for separado, poderá ocorrer a perda apenas a um dos titulares, se os dois vivem uma vida prejudicial ao menor, ambos serão destituídos.

Os casos de incidência, reiterada, nas faltas que autorizam a suspensão do poder familiar, assim, considerando motivo mais grave e exigindo sanção ainda maior, como a perda permanente do poder familiar.

A perda do poder parental via de regar ocorrerá de forma definitiva, podendo abranger toda a prole e não somente um dos filhos, face ao seu caráter de medida imperativa, ao contrário do que ocorre com a suspensão que poderá atingir todos, alguns, ou algum dos filhos.

Por fim, o pai que reiteradamente tem suspenso o poder familiar demonstra não estar apto a exercê-lo conforme o esperado, devendo, portanto, ser destituído, perdendo, definitivamente, o poder familiar.

Ao contrario da suspensão, a destituição do poder familiar acarreta sua perda definitiva e autorização do menor em família substitutiva.

3. GUARDA COMPARTILHADA

Diante da necessidade de se encontrar uma fórmula, capaz impedir a ruptura da convivência de ambos os genitores com os filhos após a dissolução conjugal, tendo a finalidade de manter os laços afetivos. Foi nesse contexto que surgiu a guarda compartilhada.

A importância desse modelo se configura na proteção do poder parental, ou seja, através do exercício comum de ambos como autoridade parental, e, também, participar das decisões importantes que diz respeito à criança. O pai ou a mãe mesmo não sendo detentor da guarda, participam de todas as prerrogativas provenientes da relação pais e filhos.

3.1 CONCEITO

Etimologicamente, a palavra — guarda vem do latim — *guardare*, assim como também se relaciona com o germânico — *wargen*, no inglês — *warden*, e do francês *garde*, podendo ser interpretado de uma forma genérica para expressar vigilância, proteção, segurança, um direito-dever que os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

O termo *guarda*, instituto altamente ligado ao pátrio poder, conforme se vê pelo artigo 384, II do CC e 21 e 22 do ECA, nos remete a uma forte idéia de *posse do menor*, em virtude do artigo 33, § 1º do ECA, *in verbis*:

Artigo 33 - A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º - A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentemente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. (BRASIL, ECA, 1990).

Maria Helena Diniz (2002, p. 444) elucida o correto significado de guarda como sendo: “constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-se junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo

sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

Para Waldyr Grisard Filho, a guarda é definida como “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no artigo 384, II, do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas”. (GRISARD, 2002, p. 79).

Deste modo, a palavra guarda no ordenamento jurídico integra o conjunto de deveres, que seria o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor ou maior incapaz, de vigiá-lo, representá-lo ou assisti-lo nos atos da vida civil que o incumbe aos pais relativamente às pessoas e bens dos filhos.

Entendendo que na atualidade, a mulher vem merecendo uma inserção ativa no mercado do trabalho, suas responsabilidades e deveres foram dissipados para capacidade plena, a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, e a divisão mais imparcial das tarefas de educação de filhos, levaram a uma mudança na estrutura familiar, e no próprio entendimento que confere prioridade à mãe na atribuição da guarda.

A guarda como sendo um dos atributos do poder familiar, quando ambos os genitores vivem juntos a mesma é compartilhada entre eles. Quando ocorre uma separação, os filhos sempre sofrem um dano a estrutura psicológica, não só dos filhos como de todos os membros da família. Nessa ótica, aquele que perde a guarda não sofre nenhuma perda no que tange o poder familiar, apenas não mais convive com o filho, como convivia antes da separação ou divórcio, o dia a dia, fica a cargo do genitor guardião.

Entretanto, o genitor não guardião, conserva todas as faculdades decorrentes do poder familiar, como trata o art. 1.632 do Código Civil. Quando a guarda é delegada a um terceiro, não se caracteriza como transferência do poder familiar.

Conforme pode-se observar no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente declara que, quando a guarda do menor é atribuída a um terceiro, resta aos pais algumas prerrogativas, no que tange fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos e a prestação de alimentos, pois eles não tiveram destituídos o poder familiar.

Com isso, de modo errado alguns detentores da guarda do menor, usam do privilegio da presença do filho em casa, para usar como arma para atingir um ao outro, fazendo com que o filho passe a rejeitar o genitor não possuidor da guarda, sempre através de comentários depreciativos sobre o outro.

A mudança social ocorrida selou o alicerce para a construção de novas teorias sobre a guarda, buscando, sempre, um exercício mais equilibrado, onde a manutenção do contato do filho com ambos os pais deve continuar tal qual o era antes do rompimento.

Waldyr Grisard Filho¹ ainda assevera sobre a importância do instituto da guarda dizendo:

“A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psicologicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo ao mesmo tempo, proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação às pessoas dos filhos.”

Este tema, invariavelmente gera várias controvérsias, a maioria das quais se pretende, sejam analisadas no decorrer deste capítulo, quando da abordagem de cada uma das diversas modalidades de guarda existentes e daquelas permitidas e prescritas pelo ordenamento pátrio, visando a defesa de nosso ponto de vista que é o de que a guarda compartilhada é a que mais se ajusta ao melhor desempenho do poder familiar e a que causa menor desgaste aos filhos envolvidos no processo.

3.2 TIPOS DE GUARDA

Em regra a guarda é exercida pelos pais em conjunto, por ser uma responsabilidade inerente ao poder familiar. Entretanto, com a ruptura do matrimônio, a exceção poderá ser exercida por um dos pais, ou ainda por uma terceira pessoa, nos casos previstos em lei. Sendo um ou outro o que importa é que o guardião do menor terá o direito de tê-lo em sua companhia e o dever de proteger e ampará-lo, garantindo-lhe assistência moral, material, e educação, mantendo-o em ambiente harmonioso.

¹ GRISARD FILHO, Waldyr, *op. cit.* p. 61.

A legislação pátria refere-se à guarda de uma maneira genérica, porque existem vários tipos de guarda, podendo cada um ser estabelecida levando-se em consideração alguns critérios quando de sua escolha.

O ordenamento jurídico pátrio não traz em seus dispositivos de leis atinentes à matéria da guarda uma classificação quanto aos tipos de guardas existentes. Por outro turno, também não há entre os doutrinadores um consenso em relação a esta classificação. Assim, como forma de delimitar o âmbito deste estudo, proceder-se-á a uma análise sucinta dos tipos clássicos de guarda encontrados à luz da literatura especializada.

3.2.1 GUARDA ORIGINÁRIA E DERIVADA

Guarda Originária seria aquela exercida pelos pais, por decorrer do poder familiar, por ser um direito-dever de plena convivência com o menor no exercício de todas as funções, os cuidados, educação, assistência, a representação. Essa guarda só é possível quando existe uma união conjugal.

Guarda Derivada surge em decorrência da lei ou de uma decisão judicial, que concede a pessoa outra que não seja os genitores. Encontra amparo em nossa legislação, a guarda por terceira pessoa física regulamentada pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e nos artigos 1.584 e 1.586 do Código Civil, porém, apenas será aplicada como última alternativa, diante da impossibilidade de se colocar o menor em família substituta.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, Guarda originária seria aquela exercida pelos pais, por decorrer do poder familiar, por ser um direito-dever de plena convivência com o menor, sendo possível o exercício de todas as funções parentais, os cuidados, educação, assistência, a vigilância, a correção, a representação. Essa guarda só é possível quando existe uma união conjugal.

Já a guarda derivada surge em decorrência da lei ou de uma decisão judicial, que concede a pessoa outra que não seja os genitores. Encontra amparo em nossa legislação, a guarda por terceira pessoa física regulamentada pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e nos artigos 1.584 e 1.586 do Código Civil. A guarda em instituição governamental ou não, é regulamentada no art. 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, apenas será aplicada como última alternativa, diante da impossibilidade de se colocar o menor em família substituta.

3.2.2 GUARDA PROVISÓRIA, DEFINITIVA E GUARDA UNILATERAL

Guarda provisória e guarda definitiva é outro sistema de guarda bastante conhecida e aplicada em nosso meio jurídico é a guarda provisória, concedida a um dos genitores durante o processamento da ação de separação ou divórcio, até decisão final, momento em que após minuciosa análise das provas trazidas aos autos, o Magistrado prolatará sentença, devidamente fundamentada, transformando a guarda provisória em definitiva ou concedendo a guarda ao outro genitor do menor observando sempre o melhor interesse da criança. Cabe ressaltar que a sentença que concede guarda de menor não transita em julgado e, portanto, podendo ser revista e se necessário, modificada a qualquer momento.

Brevemente menciono a guarda unilateral, que consiste na modalidade de guarda em que os direitos e deveres são determinados quase que totalmente à figura de um dos pais, não havendo exercício do poder familiar em conjunto. É o modelo tradicional de guarda, em que apenas um dos genitores a detém, cabendo ao outro apenas o direito de visita, não participando, portanto, da efetiva formação e dos destinos dos seus filhos.

Esse tipo de guarda sofre inúmeras críticas em face de possibilidade deste modelo promover o afastamento entre eles e um dos pais, geralmente, o pai não-detentor da guarda, em função do tipo de guarda adotado, acaba, entretanto, por se revelar a única opção em determinadas situações, que deverão ser analisadas caso a caso, cabendo, via de regra, ser homologado ou determinado pelo Magistrado da Vara de Família ou da Vara da Infância e da Juventude, a sua adoção.

Dessa forma, a guarda de fato é aquela que se estabelece naturalmente, ocorre no momento em que uma pessoa, informalmente, passa a cuidar de um menor sem nenhuma atribuição legal ou judicial, não possuindo nenhum direito assegurado por lei.

A guarda provisória ou temporária seria aquela atribuída pelo juiz durante o percurso de um processo, aguardando a decisão final de Justiça. Já a guarda impropriamente definitiva é aquela definida por uma sentença judicial. Observe que a definição da guarda sempre analisará o interesse do menor, pode ocorrer situações que venha a prejudicar o menor. Assim, a sentença que define uma guarda sempre estará passível de mudança, por isso a denominação impropriamente definitiva.

3.2.3 GUARDA ALTERNADA

Esta é a que gera maior dificuldade em sua aplicação, uma vez que, é caracterizada pelo fato de cada um dos pais deterem a guarda material e jurídica do filho alternadamente, por períodos de tempo combinados ou não, sendo estabelecido um sistema de rodízio que podem ser arbitrados em dias, semanas, meses, semestre, ano. Existe até mesmo, em casos mais raros, uma repartição organizada dia a dia, na forma acordada entre os pais e tendo por base o melhor interesse do menor

Nestes períodos, o cônjuge que tiver o filho sob guarda, assumirá de forma exclusiva todos os poderes-deveres que fazem parte do poder parental e o outro, aquele que naquele momento não é o detentor da guarda, tem direito de visita e de fiscalização.

Esta modalidade de guarda não é entendida, salvo em raros casos, pela jurisprudência e recebe críticas doutrinárias, em virtude da constante e reiterada quebra de referências familiares, a exemplo do que preleciona Marcial Barreto Casabona:

Guarda alternada é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e à formação da personalidade, sobretudo quando se trata de crianças pequenas. Nessa disposição é elevado o número de mudanças, repetidas e infinitas, as separações e reaproximações, podendo provocar instabilidade emocional e psíquica no menor, devido ao afastamento sistemático de referências, hábitos e locais. (CASABONA, 2006, p. 235).

A inconstância de moradia se mostra danosa à saúde e por essa razão o caráter descontínuo da guarda não tem sido bem quisto pelo Poder Judiciário e por aqueles que lutam por uma convivência ampla e sadia com os filhos.

Grande parte dos juristas entende que os efeitos advindos dessa permuta constante do poder parental são extremamente negativos aos filhos. Eles partem da premissa de que a instabilidade ocasionada pelos sucessivos rompimentos da relação abala as condições emocionais e psíquicas da criança.

A guarda alternada requer bastante cautela em sua aplicação, uma vez que esbarra no princípio da continuidade do lar, tendo em vista a não existência de uma residência fixa para o menor, o que poderá ocasionar a perda de referências necessárias e indispensáveis à formação de hábitos, valores e da personalidade do menor.

3.2.4 ANINHAMENTO OU NITIÇÃO

Do mesmo modo, nesta forma de guarda, os filhos residem permanentemente no mesmo imóvel, mas, por períodos alternados de tempo. São os pais quem se mudam para a residência onde estes se encontram, seguindo um ritmo periódico, ao invés dos filhos, mudam de residência os pais, visando reduzir o impacto da mudança nestes. Caberá ao juiz, caso não haja acordo entre as partes, a decisão acerca do tempo que cada um dos pais irá passar com seus filhos.

O contraponto dessa modalidade de guarda é o pressuposto de que existirá a necessidade de manutenção pelos genitores de três locais distintos, quais sejam: as individuais de cada ex- cônjuges além da casa dos menores onde ficarão com um dos genitores em períodos alternados de tempo. Isto, sem sombra de dúvidas, acaba por dificultar a sua aplicação prática.

No dizer de Ana Maria Milano:

O aninhamento ou nidação é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam, mudando para a casa onde vivem as crianças, em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal, por isso pouco utilizado. (SILVA, 2006, p.59).

Pode-se depreender que cada um dos genitores passará períodos de tempo definidos ao lado do filho na terceira residência, enquanto o outro aguarda a ocorrência do revezamento e conseqüente separação entre o filho e o genitor que deixar a casa para que volte a nela residir em companhia dos seus filhos. Desse modo, serão constantes as aproximações e os afastamentos, ocasionando, assim, instabilidade emocional do filho, além de grave prejuízo à convivência entre pais e filhos, pela falta de uma relação continuada e ininterrupta. Os filhos que convivem com seus pais sob esta modalidade de guarda podem ser acometidos de problemas psicoemocionais.

O aninhamento fere o princípio da continuidade, provoca perda de vínculos sociais para o menor, bem como a própria continuidade de relacionamento entre pais e filhos.

Em raras ocasiões aplica-se a nidação, tratando-se assim de um modelo de guarda com pequenas chances de ser efetivamente adotado. Sem previsão no ordenamento brasileiro,

dispensam-se maiores apontamentos acerca desse instituto que existe, predominantemente, nas obras doutrinárias e no mundo teórico como um todo.

3.2.5 GUARDA COMPARTILHADA OU CONJUNTA

Por fim, a guarda compartilhada ou conjunta, que é o mais novo modelo de guarda inserida no ordenamento jurídico. Esse sistema visa assegurar a igualdade de direitos e deveres entre ex-cônjuges em relação às decisões relacionadas ao bem estar dos filhos, evitando que ocorra a alienação parental após a separação da sociedade conjugal. O desempenho do poder familiar não se extingue nem se altera, em face da dissolução da ruptura conjugal dos pais. Sendo nesse momento que ambos os pais devem dedicar-se mais integralmente aos seus filhos para, além da continuidade da convivência e da relação, minimizar os efeitos da separação nos já fragilizados menores, provocada pela ruptura do relacionamento conjugal.

Dessa forma, ainda que a guarda física seja concedida a um só dos pais, a guarda jurídica deve necessariamente ser exercida por ambos. Dessa forma, ainda que um dos ex-cônjuges seja o detentor da guarda física, normalmente o Pai, ao outro, via de regra a mãe, não restará exonerada da obrigação da prestação dos demais elementos da guarda, a exemplo da assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente. Se diferente fosse, teríamos beneficiado aquele que sequer busca o contato com o filho caso houvesse a desobrigação de auxiliar na sua manutenção e formação.

O objetivo primordial deste tipo de guarda conjunta é tentar minorar os danos causados aos filhos em decorrência da separação dos pais.

Assim, no Brasil apenas no ano de 2008 é que a guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico, após longas discussões quanto à matéria. Entretanto, alguns tribunais já a aplicava mesmo antes do seu advento, e assim fazia sob a égide do artigo 29 da Constituição Federal, combinado com o artigo 1634 e seus incisos, com a Lei de Divórcio – Lei nº. 6.515/77, e ainda os artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras leis específicas atinentes à matéria que acenava positivamente para a possibilidade de sua aplicação, por privilegiar o melhor interesse da criança desde que houvesse uma relação harmoniosa entre os ex-cônjuges de forma a possibilitar o efetivo compartilhamento das decisões envolvendo o bem estar e formação dos filhos.

A guarda jurídica faz referência ao exercício de alguns ou vários deveres e direitos inerentes à guarda, onde se vê que, ao genitor não detentor da guarda física, cabe também o direito de acompanhar, discutir, tomar e fiscalizar a implementação das decisões tomadas pelo outro.

Nesse aspecto, Waldyr Grisard, afirma que:

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente.

Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores.

[...] Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar as decisões que afetem os filhos. (GRISARD, 2002. p. 79).

Dessa forma, aquele genitor que detém por completo o exercício do poder familiar, acumula, em si, a guarda jurídica e a material. Exerce, assim, todos os poderes e deveres relativos ao exercício unilateral do poder familiar, que é a guarda jurídica e, devido à convivência direta com o filho, exerce também a guarda material.

Contudo, pode ocorrer a atribuição da guarda física a um dos pais e a jurídica compartilhada entre ambos. É esse o caso quando, eleita ou determinada à guarda compartilhada, devem as decisões serem tomadas em conjunto e os deveres praticados por ambos os pais, o que contribui, de forma positiva, para a formação do caráter definitivo dos seus filhos que ainda estão em fase de desenvolvimento.

4. SAP - SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Mesmo que os pais sejam aqueles com o dever de garantir uma convivência familiar saudável aos filhos, muitas vezes são eles que causam grandes transtornos as crianças no momento em que a sociedade conjugal se dilui, onde, geralmente, se observa uma grande competição entre os pais, expondo a criança a prova de quem está certo ou quem está errado, o que, de forma direta, acaba ocasionando à criança uma situação de grande conflito, já que estas não tem discernimento e se encontram vulneráveis para julgar a relação de seus genitores.

Sucedendo a separação do casal, o regime de guarda será determinado pelo magistrado e, conseqüentemente, os filhos, mesmo nos casos de concessão da guarda compartilhada, não viverão mais simultaneamente com ambos os pais sob a mesma moradia.

Nas lides envolvendo questões familiares, sobretudo nos casos de separação e divórcio, quando uma das partes não consegue conduzir adequadamente o luto da separação, ela passa a desencadear um processo de desmoralização do ex-cônjuge. Os sentimentos afeto, de fidelidade, de querer-bem que existia no início do relacionamento, dão lugar aos sentimentos de perda, com todos os seus ingredientes: tristeza, abandono, raiva, rejeição, sentimentos de culpa, frustração, e egoísmo.

Além disso, com um grande agravante nessa situação, os filhos fruto do relacionamento rompido que, geralmente, não são levados em consideração na instalação e propagação desses conflitos, no lugar de serem prevenidos, tornam-se alvos dessas magoas e frustrações.

A impossibilidade de realização do divórcio psíquico e do manuseio das emoções negativas advindas da separação favorece para que os filhos tornem-se objeto de barganha durante o processo de separação. Frequentemente o divórcio do casal conjugal – marido e mulher – estende-se para o casal parental – pai e mãe – possibilitando disfuncionalidades em sua interação e perpetuando lides nesse campo. (ALMEIDA, 2009, p. 11).

4.1 DEFINIÇÃO

A Síndrome da Alienação Parental é uma expressão que foi proposta em meados da década de 1980, mais especificamente no ano de 1985, nos Estados Unidos, por um psiquiatra norte-americano chamado Richard Gardner, para configurar uma desordem psíquica que decorre de um conjunto técnico-comportamental, que seja involuntário ou não, promovida, via de regra, pela aquele que tem a guarda, com o intuito de distanciar o filho do genitor não-guardião, ou ainda de ambos os genitores nos casos em que a custódia se encontra na mão de outros.

Esta síndrome, que ficou popularmente conhecida pela sigla - "SAP", foi conceituada por Gardner da seguinte forma:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GARDNER, 1998, apud SILVA, 2003, p.85).

Nesse entendimento, o conceito dado por Gardner, extrai-se que a primeira manifestação aparece da vontade de um dos genitores que, de forma maldosa, implanta na cabeça do menor uma idéia de que o outro genitor possui um mau caráter e é um péssimo exemplo de comportamento para ele.

O genitor que procura subtrair a criança do contato do outro é denominado “progenitor alienante” e, ao outro, que tem a criança arredada de sua presença, “progenitor alienado”. (FRANÇA, 2009, p.26)

De forma bastante prática, e que na realidade acontece na grande maioria dos casos, cuja a separação litigiosa e mau resolvida dos cônjuges, constituem a Alienação da prole, de um por outro genitor, a Danielle Menezes, dispõe que:

O genitor alienante tende a não comunicar ao outro fatos importantes relacionados à vida dos filhos, tentando afastá-lo da convivência do menor (escola, médico, comemorações, etc). Toma decisões importantes que interferem drasticamente na vida da criança, sem a prévia consulta ao ex cônjuge ou tenta reiteradamente desmoralizar o ex cônjuge, obrigando o menor a tomar um partido e escolher entre o seu pai ou a sua mãe. O alienante interfere constantemente nas visitas, controlando excessivamente os horários, organizando diversas atividades para os mesmos dias e tornando a convivência com o outro genitor engessada e obrigada.

Dessa forma, a criança alienada passa a apresentar um sentimento constante de raiva e ódio contra o genitor alienado e a sua família, se recusa a dar atenção, visitar ou se comunicar com o outro genitor e guarda sentimentos e crenças negativas sobre o outro, que são inconseqüentes, exageradas ou inverossímeis com a realidade.

4.2 EFEITOS DA SAP PARA OS FILHOS

Essas mediações na vida da prole, tanto no modo de agir quanto no de pensar, além de comprometer-lhe o estado comportamental e psíquico, havendo uma tendência maior de desenvolver os mais variados transtornos mentais, trazem também diversos contratemplos ao genitor alienado.

Levando em consideração que as Varas de família agraciam as mulheres, com a guarda dos filhos, segundo o IBGE no ano de 2007, em 89,1% dos divórcios a responsabilidade pela guarda os filhos menores foi concedida às mães, salta aos nossos olhos que essa hegemonia feminina na guarda dos filhos menores destacando assim a incidência de casos de alienação parental é causada por elas.

Geralmente o papel de progenitor alienando cabe ao pai e o de alienante à mãe. Há uma associação à mãe cuja justificação è em razão deter a guarda após o rompimento conjugal. O pai é infundadamente rejeitado tornando-se apenas uma segunda opção no momento da concessão.

Neste sentido, Jayne Major torna evidente a manifestação preferencial da Síndrome da Alienação Parental no espaço maternal:

A síndrome se manifesta, em geral, no ambiente da mãe das crianças, notadamente porque sua instalação necessita muito tempo e porque é ela que tem a guarda na maior parte das vezes. Todavia pode se apresentar em ambientes de pais instáveis, ou em culturas onde tradicionalmente a mulher não tem nenhum direito concreto. (MAJOR apud PODEVYN, 2000, p.114).

Sem um motivo evidente o filho deixa de ser amigável e de ter comunicação com o guardião alienado. É um contra senso de um lado um amor doentio, um apego desmedido, ao outro são direcionadas proposições indecentes, vergonhosas.

Neste ponto, Figueiredo e Alexandridis, compartilham da mesma idéia, quando afirmam que uma dissolução conjugal mal resolvida podem provocar efeitos que causam distúrbios, vejamos:

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas idéias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho menor.

Alguns estudiosos do ramo defendem que a SAP(Síndrome da Alienação Parental) e a alienação parental são fenômenos distintos e, por isso, não devem ser confundidos. Explica Priscila Maria Corrêa da Fonseca que há uma distinção entre a Síndrome da Alienação Parental e 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. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de quem padecer a criança vítima daquele alijamento.(FONSECA, 2009, p.124).

Entende-se que uma dá início ao problema em quanto que a outra complementa, ou melhor, a alienação parental deixa o dano como consequência para gerar a SAP (Síndrome da

Alienação Parental), mas esta possui um denominador comum que se organiza em torno de avaliações prejudiciais, negativas, desqualificadas e injuriosas em relação ao outro genitor.

Esta diferenciação foi brilhantemente exposta por Igor Xaxá (2008, p. 224), ao dizer que embora intimamente unidas, uma é o complemento da outra. A alienação parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores perante o filho. O genitor é marginalizado e transformado em um estranho através de um processo doloso ou não por um agente externo, um terceiro, e não se restringe ao guardião da criança. Os avôs e avós ou qualquer indivíduo que tenha uma relação parental com a criança podem perfeitamente iniciar a prática da alienação parental. A SAP, em contraste à alienação parental, refere-se às seqüelas deixadas na criança que é ou foi vítima desse processo.

Nessa linha de raciocínio, a SAP, surge em decorrência da alienação parental. No mesmo sentido em que a síndrome está relacionada ao comportamento descabido da prole em relação a um dos genitores bem como às nocivas conseqüências sofridas pelo infante, a alienação parental corresponde a todo o processo motivado pelo cônjuge psiquicamente abalado para eliminar a criança, de forma definitiva, do convívio com o não-guardião.

Essa nomenclatura, “síndrome”, para muitos, não esta ligada ou mesmo não se liga a manifestação de perversão. Aqueles que obstaculizam a utilização deste termo alegam que o mesmo é inapropriado em virtude de a SAP não possuir as características reveladoras de uma síndrome, além de não ter sido, até agora, inserida pelos órgãos oficiais de catalogação internacional de doenças no rol do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*).

Utiliza-se, então, a expressão “alienação parental” para determinar todo o sistema de manipulação dos filhos.

Os profissionais que lidam duradouramente com conflitos conjugais, a exemplo dos advogados, temem utilizar a palavra “síndrome” em suas peças jurídicas por acreditarem que os juízes, promotores, psicólogos e assistentes sociais atuantes em Varas de Família possam desconsiderar aquilo que foi pedido na petição.

Existe uma estimativa que preocupa, onde cerca de 80% dos filhos, cujo os pais se divorciaram, já passaram por algum tipo de Alienação, e o que acontece em muitos desses casos é que o genitor alienado não consegue identificar o que esta acontecendo e acaba desistindo de manter qualquer tipo de relacionamento com o filho. O que também se observa nestes casos é que o genitor alienado só vai descobrir sobre os atos "inflamatórios" do outro genitor, após a maior idade do filho, muitas vezes, por comodismo.

No entanto, pouco interessa se é uma síndrome de fato ou não. Há de se observar, antes de tudo, que os casos envolvendo queixas de alienação parental são assustadores e, por isso, deve-se analisar cada caso com sua particularidade a fim de evitar a emissão de pareceres equivocados.

Segundo a psicóloga e advogada militante na área do Direito de Família, Alexandra Ullmann, traz uma noção acerca da divergência que acomete o presente estudo:

Alguns entendem a Alienação como uma Síndrome por apresentar um conjunto de sintomas a indicar uma mesma patologia, enquanto que outra corrente exclui o termo Síndrome da definição por determinar que, como não há “reconhecimento” da medicina nem código internacional que a defina, não pode ser considerada uma Síndrome. Fato é que, independentemente de ser ou não uma Síndrome, assim subentendida, o fenômeno existe e cada vez mais é percebido e verificado independentemente de classe social ou situação financeira. (ULLMANN, 2009, p.19).

Por existir duas correntes uma divergindo da outra, onde uma descreve sintomas e a outra só considera uma síndrome se esta estiver catalogada em código internacional, mas o importante é que o problema existe e este precisa de solução.

A alienação é polissêmica e adquire conceitos diversos dependendo da área do conhecimento em que é aplicada, como, por exemplo, o Direito, a Sociologia e a Psicanálise. Há casos da alienação parental, que nem sempre esta é fruto de uma ação planejada pelo genitor guardião. Poderá a criança ser alienada em virtude de uma negligência parental ou em razão de um abuso físico, sexual ou emocional.

4.3 ALIENAÇÃO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É observado com muita frequência, que a alienação parental surge junto a um sentimento de vingança de um dos cônjuges pela ruptura da vida em sociedade conjugal, principalmente quando não se consegue superar o trauma causado pela separação, de modo que os filhos passam além de vítimas, a serem também instrumentos de desmoralização e descrédito do ex-parceiro. Podemos usar como exemplos de alienação parental: a exclusão do

outro genitor do convívio dos filhos, pela omissão de datas importantes e eventos escolares; interferência nas visitas; ataques ao relacionamento entre os filhos e o outro genitor; insistência para que os filhos tomem partido entre um e outro cônjuge; falta de consulta ao outro cônjuge na tomada de decisões fundamentais sobre a vida dos filhos;; insinuações de que o outro cônjuge é perigoso e omissivo; que o outro companheiro não se importa com nada que diga respeito a vida dos filhos; entre outros exemplos.

Neste rumo, tendo em vista à repressão desta prática, deve-se interpretar o artigo 1.637 e o inciso IV do artigo 1.638, ambos do Código Civil, paralelamente com os incisos VIII e X do artigo 129 do ECA.

Compete ao juiz, solicitando algum parente, ou o Ministério Público, adotar medidas assecuratórias do melhor interesse da criança nos casos em que os genitores abusarem da autoridade ou descumprirem as obrigações a eles intrínsecas, podendo inclusive suspender o poder familiar quando for conveniente. O Código Civil ainda vai além da suspensão ao afirmar que tal poder será destituído por ato judicial se houver a comprovação de faltas reiteradas no curso do exercício parental. Jorge Trindade enfatiza:

A percepção empírica de que o comportamento dos genitores está sendo prejudicial a qualquer de seus filhos, tem levado os operadores do Direito a alterar as questões relativas à guarda e às visitas. Principalmente quando se verifica, dentro do processo, que o interesse da criança está sendo lesado, o Ministério Público, com base na Doutrina da Proteção Integral e como órgão consagrado de defesa dos direitos da criança e do adolescente, tem agido para promover medidas necessárias que podem até mesmo implicar alterações do estado da família. (TRINDADE, 2004, p. 178).

No entanto, para que haja a aplicação de tais mecanismos jurídicos sancionadores, o magistrado deverá fazer uso do poder geral de cautela inerente a sua profissão. Desta forma, interpretando-se teleologicamente os artigos supracitados, a entidade julgadora dará efetividade às normas jurídicas aplicáveis a cada caso.

De acordo com o artigo 3º do ECA garante às crianças e aos adolescentes “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, de maneira que o descumprimento, doloso ou culposamente, dos deveres parentais ou daqueles decorrentes da tutela ou guarda, bem como das deliberações judiciais ou do Conselho Tutelar, implica na aplicação de multas.

Assim, frustrar a expectativa de uma convivência digna entre a criança e o genitor alienado, impedindo este de visitar o menor consoante estipulação judicial, enseja à imposição de multa cominatória em virtude do inadimplemento do cônjuge alienador.

Deve-se também frisar o papel desempenhado pelos advogados atuantes em litígios que envolvam a SAP, sobretudo quando representantes dos menores alienados. Não se pode priorizar o interesse do genitor guardião e seu advogado em detrimento daquilo que é proveitoso ao infante. Portanto, o livre convencimento do juiz deve ser edificado no legítimo anseio da criança.

Cite-se a propósito que cada litígio possui peculiaridades, sendo oportuno um estudo psicossocial para verificar a veracidade das ocorrências. Os profissionais que se dedicam ao estudo da saúde psíquica, uma vez reconhecendo as origens e implicações da SAP, necessitam interferir no processo ligeiramente a fim de que se realize a perícia psicológica e se apresente o laudo técnico. Essa rapidez se deve ao fato de que a protelação da perícia comumente é coligada às ambições do genitor alienador, visto que ao retardar o procedimento há uma maior chance de disciplinar o menor na aversão ao outro cônjuge.

A Psicologia Jurídica, apesar de ser um ramo relativamente recente, tem um valor fundamental na sociedade, já que auxilia a desvendar aspectos das motivações e objetivos de um indivíduo em uma determinada ação, o que resulta em um refinamento nos parâmetros legais.

É mister que se façam entrevistas com a família e com os parentes intimamente envolvidos no litígio. Visitas à residência e ao ambiente escolar da criança são igualmente significantes na coleta de dados. Instrumentos como papel, lápis e brinquedos também são bem-vindos na obtenção do diagnóstico, uma vez que o menor poderá expressar em desenhos determinados eventos relacionados a uma possível suspeita de abuso sexual.

O tratamento da SAP almeja restabelecer o vínculo afetivo despedaçado, ajudando os cônjuges a adotar um padrão educacional satisfatório em desfavor de um modelo hostil. Abalize-se que esta satisfação é relevante tanto para os pais quanto para os filhos.

A alienação parental pode ser entendida como as interferências que o pai ou mãe guardião exercem sobre o filho na sua formação psicológica, levando este ao repúdio do outro genitor, causando graves prejuízos nos laços afetivos os unem. Desta forma, depreende-se que a alienação parental caracteriza-se como uma forma de abuso emocional causado sobre a criança ou adolescente, capaz de causar distúrbios psicológicos no menor em desenvolvimento, que poderá perdurar pelo resto de sua vida. Sem dúvida a alienação parental

desponta como um abuso no exercício do poder familiar, representando preponderante afronta aos direitos de personalidade da criança.

Diante deste fato, torna-se inevitável e necessária uma reprimenda estatal à prática da alienação parental, como forma de atender ao clamor social que brada por um instrumento jurídico de proteção às crianças e adolescentes que enfrentam esse grave problema.

4.4 A GUARDA COMPARTILHADA - INSTRUMENTO CAPAZ DE EVITAR A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em regra, a guarda dos filhos decorre da extinção da sociedade conjugal. E sua grande complexidade envolve a análise do instituto da guarda, ou seja, o destino do menor que se encontra numa fase de desenvolvimento psicoemocional, e o seu estabelecimento devem ser baseados nas particularidades e perspectivas de cada genitor, devendo-se levar em conta o princípio a igualdade entre os genitores e deixando para trás as inflexibilidades de determinadas normas jurídicas.

Devendo-se, assim, observar em cada caso o melhor interesse do menor, bem como a preservação dos laços afetivos entre o genitor não guardião e os filhos, além da constância da sociedade conjugal, sendo um meio eficaz para coibir a alienação parental.

Como já foi anteriormente mencionado, a guarda compartilhada consolidar-se na atribuição da guarda física a um dos pais, e a guarda jurídica a ambos, para que dessa forma possam participar conjuntamente e com igualdade os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, podendo, assim decidir juntos os assuntos relativos às responsabilidades na formação dos filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psicoemocional do menor.

Para que esta modalidade de guarda tenha êxito, se faz necessário que os ex-cônjuges tenham um bom relacionamento, mantendo a cordialidade e harmonia entre si, uma vez que se torna muito difícil a concessão da guarda compartilhada a ex-cônjuges que estão em constante desentendimento, o que ocasionaria sérios prejuízos aos filhos.

É de grande valia, comparar os benefícios trazidos pela guarda compartilhada em relação a modalidade de guarda unilateral. Na guarda unilateral a guarda jurídica e física fica restrita a um dos pais. Abstendo, assim, a criança da livre convivência com o não-guardião, já que, será estipulado um rígido sistema de visitação o que em muitos casos, ocorre o

rompimento de laços afetivos que unem pais e filhos, majorando os riscos de ocorrer à alienação parental.

Uma vez que, nesse tipo de guarda encontram-se resquícios da dissolução da sociedade conjugal, sendo comum em grande parte dos casos a disputa pela guarda dos filhos entre os genitores, onde acabam se valendo de artifícios baixos, como as chantagens emocionais, a tentativa de denegrir a imagem um do outro, caracterizando, desta maneira, o abuso emocional como forma de promover junto ao filho uma alienação parental em relação ao genitor não-guardião.

Em contrapartida, o modelo compartilhado, apesar da guarda jurídica ser exercida por ambos os pais conjuntamente, o menor possui um lar fixo, podendo reconhecer onde mora e seus objetos pessoais e ao mesmo tempo ter condições de interagir socialmente com o pai e a mãe. O que ocasiona o desaparecimento da figura do visitante, que em muitas vezes, tem sinônimo de mero provedor da pensão alimentícia. Nesta modalidade de guarda convalida-se a plena participação de ambos os pais em todos os aspectos da formação dos filhos, minorando desta forma as chances de se efetuar a alienação parental.

Ficando, assim, visível as vantagens trazidas pelo sistema de compartilhamento de guarda. Primeiramente, pelo fato de se permitir uma maior convivência dos filhos com ambos os pais, após a dissolução da sociedade conjugal, proporcionando aos filhos um relacionamento mais próximo, uma vez que passará a participar ativamente no dia-a-dia dos filhos, o que desponta como principal vantagem.

Por outro lado, existe uma contra-indicação do sistema de guarda compartilhada, por parte da doutrina, nos casos onde se verifica a presença de conflitos constantes entre os genitores. E também, nos casos em que são identificados, pelos juízes, a má-fé no pedido, no sentido de requerer esta modalidade visando exclusivamente à redução da pensão alimentícia.

Como observamos, a alienação parental decorre da dissolução da sociedade conjugal, mais precisamente no momento da estipulação do sistema de guarda dos filhos menores. O seu surgimento se dá pelo sentimento de abandono, rejeição ou mesmo de traição que se instala no cônjuge que foi deixado, gerando muitas vezes tendência vingativa. É daí que se desencadeia o desejo de desmoralizar o ex-cônjuge e levá-lo ao descrédito perante os filhos, impedindo a convivência entre eles, uma vez que a guarda física e jurídica é uniparental.

Dentro deste contexto, depreende-se que a guarda compartilhada busca preservar a convivência física dos pais com os filhos após a ruptura do casamento, dificultando a perda do referencial de entidade familiar, e a fragmentação ou extinção dos laços afetivos existentes na constância do matrimônio.

É de grande simetria a correlação existente entre o direito comparado, a guarda compartilhada e o Projeto de Lei nº. 4.053/08. A sua aprovação será mais um fator inibidor da alienação parental, contribuindo de forma clara para a sua exclusão, uma vez que o compartilhamento da guarda na criação dos filhos anula o excesso de poder conferido a um único genitor no sistema de guarda unilateral, berço da alienação parental.

A guarda compartilhada é, sem dúvida, a melhor maneira de evitar a alienação parental, uma vez que mantém viva a relação entre pais e filhos após a dissolução da sociedade conjugal, o que fará total diferença no desenvolvimento, principalmente do ponto de vista psicológico, afetando assim a educação e a socialização da criança, em meio a uma situação não agradável que é a separação dos pais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode ver, a guarda compartilhada revela-se, sem dúvida, a modalidade mais coerente à grande maioria dos casos de ruptura conjugal, merecendo destacada atenção no sentido de sua aplicabilidade pelos operadores do Direito, devido à grande quantidade de resultados positivos trazidos aos pais e, principalmente, aos filhos.

Como visto, é dever dos pais, tanto os direitos quanto os deveres relativos à guarda de seus filhos, devendo estes, cumprir essa tarefa com o total empenho, dedicação, respeito, e amor. Devem ter como prioridade proporcionar o bem estar dos filhos e a união afetiva dos componentes da relação familiar, mantendo o desenvolvimento psicoemocional dos filhos.

Que deve ser proporcionado, sobre todos os aspectos determinantes na formação da criança, como: material, moradia, saúde, educação e lazer, e sobre o ponto de vista emocional e afetivo, amor, compreensão, paciência e, sobretudo orientação, além da consciência de manter uma relação saudável com seu ex-cônjuge, visando como prioridade o bem psicológico e afetivo dos filhos.

As prerrogativas para demonstrar as vantagens da utilização da guarda compartilhada foram veementes para colocar numa abordagem direta, ilustrativa e didática, mostrando a importância do modelo de guarda compartilhada, co-relacionando com o objetivo geral e específicos.

Mostrando, assim, como esta sendo a aplicação do sistema da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na busca do melhor interesse do menor, minimizando os danos nocivos que a ruptura conjugal lhe provoca, deixando claro aos filhos que o que se dissolve é a relação conjugal, permanecendo, desta forma, os laços parentais, com o mesmo amor pelos filhos, razão pela qual buscam de forma conjunta exercer os direitos e deveres inerentes a guarda dos filhos menores.

Dessa maneira, ressalta-se que a legislação condizente a este assunto, é bastante objetiva ao determinar que o interesse do menor se sobreponha sobre as prerrogativas pessoais do casal, sendo inclusive não homologado o acordo firmado entre as partes, se este for contra os interesses das crianças.

Como se pode verificar no decorrer deste trabalho, a grande referência na vida de um ser humano, em especial na da criança é a sua família e os vínculos afetivos advindos dessa instituição. O tipo de guarda a ser concedida aos pais após a ruptura dos relacionamentos

deve, necessariamente, pretender resguardar estes vínculos, independentemente da nova forma de família que poderá surgir.

O vínculo entre pais e filhos é perpétuo e imutável fato que nunca deve ser esquecido pelos genitores, quando a ruptura se dá de forma litigiosa. Apenas em casos excepcionais, estes vínculos podem ser quebrados, a exemplo dos casos de perda do poder familiar e colocação em família substituta, que só ocorrem em casos em que os menores estiverem em situação de risco ou perigo, portanto em casos excepcionais.

O objetivo a ser mantido, portanto, é a manutenção do vínculo, com seus direitos e deveres inerentes, cabendo aos pais exercitá-los sempre de forma a preservar a harmonia e os interesses dos filhos.

Nesse parâmetro, devemos ter sempre em mente que, com o tempo, muitas mudanças ocorreram no ambiente familiar, que acompanharam as transformações e evoluções sociais e culturais, e que vem proporcionando um maior número de rupturas parentais, encadeando a necessidade do surgimento de novas modalidades de convivência familiar, que trouxeram, inclusive, alterações no texto constitucional para reconhecimento e proteção estatal a tais relacionamentos.

Nesta realidade, tanto os doutrinadores, quanto os legisladores e demais profissionais envolvidos com o direito de família, sentiram a necessidade imprescindível, de encontrar meios de tutelar juridicamente a segurança e o bem estar do menor, sempre no sentido de preservar o seu melhor interesse. Dentre tantas soluções legais, doutrinárias e jurisprudenciais, surge o modelo da guarda compartilhada, que vem a ser de grande valia na obtenção desse objetivo almejado.

Dessa forma, a guarda compartilhada surgiu, atendendo à necessidade legal de proteger o menor, preservando principalmente os laços afetivos e familiares, garantindo a continuidade do exercício da responsabilidade parental, bem como, atendendo às necessidades dos genitores, viabilizando um convívio pacífico e produtivo dos ex-cônjuges para com seus filhos, por intermédio da aplicação desta modalidade de guarda.

Pode-se verificar que a Lei 11.698, que regula e disciplina a guarda compartilhada, trouxe ao ordenamento jurídico um importante instrumento para o direito de família, tornando a aplicação desse tipo de guarda vantajosa, uma vez que, leva-se em conta a defesa dos direitos da criança e adolescente.

A aplicação da lei supra-mencionada, traz à relação pós ruptura conjugal, um princípio norteador da relação entre pais e filhos evitando a alienação parental e prejuízos para a formação dos menores, uma vez que, o caráter e a personalidade ainda em formação destes

são suscetível de influências negativas a partir das discórdias entre os ex-cônjuges. Possui a perspectiva de oferecer, o bem comum dos membros da família, ainda que de pais separados e o melhor interesse do menor.

Assim, à aplicação do instituto da guarda compartilhada destina-se a diminuir severamente os danos emocionais que possivelmente seriam causados à criança, evitando que a desarmonia, e as agressões mútuas tão cotidianas após as separações, ultrapassem os limites do convívio dos pais e atinja a pessoa dos filhos. A proteção incondicional dos filhos, trazida no texto constitucional é mais presente e palpável, além de aplicável quando da atribuição da guarda compartilhada.

Podemos observar em alguns casos, em que a modalidade de guarda compartilhada é desaconselhada, como, por exemplo, nos casos em que existem discórdias constantes entre os ex-cônjuges, uma vez que, estes conflitos existentes fazem com que não sejam superando as diferenças entre os pais que passem a utilizar a criança como meio de chantagem emocional.

Sendo assim, a aplicabilidade da guarda compartilhada deve ser sempre buscada, com exceção dos casos em que esta se revele prejudicial aos interesses dos filhos, ou seja, onde se encontre presente a desarmonia, o desequilíbrio e a falta de diálogo entre os pais.

Verifica-se assim, o importante papel a ser desempenhado pelo magistrado no momento da determinação da modalidade mais adequada de guarda a cada caso concreto.

Diante do exposto, pode-se concluir que a homologação da Lei 11.608, a conhecida Lei da Guarda Compartilhada trouxe em seu bojo, significativos e importantes avanços para as relações parentais após a ruptura conjugal, pretendendo alcançar, o papel transformador do meio social no que diz respeito ao direito de família e sua aplicabilidade na atualidade.

Por outro lado, a guarda compartilhada se apresenta como um meio eficaz de inibir e até mesmo extinguir do meio social a prática da alienação parental, por ser nesse sistema a guarda jurídica concedida a ambos os pais e conseqüentemente ser exercida concomitantemente por eles.

Neste modelo de guarda não há imposição de regime de visitação, não há distanciamento entre genitor e filhos, nem tão pouco fragmentação dos laços afetivos.

Dessa forma, a guarda compartilhada possibilita uma maior convivência dos filhos com ambos os pais, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, auxiliando na manutenção e no fortalecimento dos laços de afetividade entre pais e filhos, uma vez que ocorre uma justa divisão das responsabilidades sobre a criação dos filhos, e o conseqüente envolvimento do genitor não detentor da guarda no exercício do poder familiar, o que acarreta grandes benefícios aos filhos.

É certo que os filhos devem encontrar na Família toda sua segurança e um meio para que cresça de forma saudável, física e psicologicamente, e não se pode aceitar que aqueles que tem o dever de proteção, provoquem um mal tão forte que provavelmente acompanhará os menores por boa parte da vida. A Esposa e o Marido não tem obrigação de estarem juntos, porém, Filhos são para todo o sempre, e aqui esta a Obrigação deles.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil (2002)**. 1ª ed. Barueni, São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)**. ed. Barueni, São Paulo: Manole, 2003.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 240.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17.ed., v.5. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental** – São Paulo: Saraiva 2011.

FRANÇA, Gabriela Sousa Veloso de. **A Síndrome da Alienação Parental: importância do valor e da conscientização da mediação familiar**. Disponível em: <<http://www.derechocambiosocial.com/revista018/alienacion%20parental.htm>>. Acesso em: 24 de mar. 2014.

FONSECA, Priscila Maria Pereira da. **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/html/1174/body/03.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

FREITAS, Douglas Philips. **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010** – Rio de Janeiro: FORENSE, 2010

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?**. Traduzido por: Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do direito de família e a mudança de paradigma das entidades familiares.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>>. Acesso em: 13 de abril de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 6 v. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LAKATOS, Marconi. **Fundamentos de metodologia científica.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MENEZES, Danielle. **Alienação Parental - Como reconhecer e como agir.** Disponível em: < <http://danipsmenezes.jusbrasil.com.br/artigos/117925404/alienacao-parental>>. Acesso em: 05 de mai. 2014.

NICK, Sérgio Eduardo *apud* CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PODEVYN, François. **Síndrome de alienação parental.** Traduzido por APASE. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 14 de abr. 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada.** 1ª ed. São Paulo: Direito, 2006.

_____. Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada: direitos e deveres decorrentes do poder familiar a guarda de filhos na legislação brasileira a guarda compartilhada na prática a lei 11.698, de 13.06.2008:** J.H.Mizuno, 2008. p. 59.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ULLMANN, Alexandra. **Da definição da síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<http://www.amasep.org.br/>>. Acesso em: 05 de abr. 2014.

Vade Mecum. 15ed. atualizado. e ampliado. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A Síndrome da Alienação Parental e o Poder Judiciário**. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Paulista- UNIP, São Paulo, 2008.

ANEXO 1

LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010

Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1 Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2 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.

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

descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4 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.

Art. 5 Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1 O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2 A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3 O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6 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. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7 A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8 A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9 (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010;
189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Paulo de Tarso Vannuchi

ANEXO 2

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais 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.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).” (NR)

“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.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

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

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008;

187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli

