

EUNICE TEREZINHA TELES CURADO

GUARDA COMPARTILHADA: prevenção da alienação parental?

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

EUNICE TEREZINHA TELES CURADO

GUARDA COMPARTILHADA: prevenção da alienação parental?

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Rivaldo Jesus Rodrigues.

ANÁPOLIS – 2018

EUNICE TEREZINHA TELES CURADO

GUARDA COMPARTILHADA: prevenção da alienação parental?

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia analisa a guarda compartilhada como possível meio de prevenção da alienação parental, sob a égide da legislação brasileira. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais de superposição. Está dividida didaticamente em três capítulos. O primeiro capítulo aborda as relações entre pais e filhos, de modo a compreender os efeitos jurídicos da Filiação, o conceito de Poder Familiar e as hipóteses de suspensão, extinção e perda desse amparo e os institutos legais de proteção à criança e ao adolescente. O segundo capítulo ocupa-se em analisar os tipos de guarda dos filhos, apresentado o instituto da guarda e as modalidades de guarda adotadas no ordenamento jurídico brasileiro. E por fim, o terceiro capítulo trata da alienação parental, versando sobre seu conceito, sua evolução histórica, as diferentes condutas alienantes, seus efeitos sobre os membros familiares envolvidos, as sanções aplicáveis ao sujeito alienador e a influência da guarda compartilhada na prevenção da alienação parental.

Palavras chave: Guarda compartilhada, Prevenção, Alienação Parental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – DAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS	03
1.1 Da Filiação	03
1.2 Do Poder Familiar	07
1.3 Da Proteção da Criança e do Adolescente.....	11
CAPÍTULO II – TIPOS DE GUARDA DOS FILHOS	14
2.1 Da Guarda.....	14
2.2 Da Guarda Unilateral.....	16
2.3 Da Guarda Alternada	19
2.4. Da Guarda Compartilhada.....	20
CAPÍTULO III – DA ALIENAÇÃO PARENTAL	25
3.1 Conceitos	25
3.2 Das Diferentes Condutas de Alienação Parental	29
3.3 Efeitos	33
3.4 Influência da Guarda Compartilhada.....	36
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a ideia central de analisar a guarda compartilhada como possível meio de prevenção da alienação parental nos casos de dissolução do vínculo conjugal envolvendo filhos menores, sob a égide da legislação brasileira.

A presente pesquisa monográfica foi realizada por intermédio do método de compilação, enfatizando consultas bibliográficas realizadas nas principais obras doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Pondera-se que este trabalho foi sistematizado de forma didática em três partes.

O primeiro capítulo aborda as relações entre pais e filhos, no que tange à Filiação e seus efeitos jurídicos e ao Poder Familiar, enquanto conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores. Analisa ainda a proteção concedida à criança e ao adolescente pelos instrumentos legais.

O segundo capítulo trata dos diferentes tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apurando-se suas características e sua devida aplicabilidade ante as peculiaridades de cada caso concreto. São abordados os diferentes critérios adotados para estipular a guarda dos filhos, considerando a presença compatibilidade e relação de afetividade com o infante.

O terceiro capítulo fomenta o desenvolvimento histórico da alienação parental e seu conceito, numa abordagem doutrinária, identificando as figuras do sujeito alienante, sujeito alienado e vítima. Descreve as condutas da alienação

parental exemplificativas previstas em lei e as sanções aplicáveis, apresentando os efeitos causados sobre indivíduos. Por fim, destaca a influência da atribuição da guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental na dissolução da união conjugal havendo filhos menores.

Assim sendo, o presente trabalho analisa a aplicabilidade de meios aptos a prevenir e coibir a prática da alienação parental nos casos de rompimento do vínculo conjugal envolvendo filhos menores. Por esta razão, a atribuição da guarda compartilhada como possível instrumento eficaz para se evitar os efeitos psicológicos negativos entre os membros da família envolvida é o objetivo central desta pesquisa.

O trabalho desenvolvido espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão planteada, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

CAPÍTULO I – DAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2018), os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar, que corresponde ao conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens daqueles. Este instituto é advindo de um aspecto natural do ser humano, de modo que com a constituição de uma família e o nascimento dos filhos deve-se cria-los e educa-los. Neste capítulo serão abordados aspectos relevantes sobre as relações entre pais e filhos conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Da Filiação

Filiação consiste na relação existente entre um indivíduo e aqueles que o geraram ou o receberam como se o tivesse gerado. Corresponde a uma forma de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e linha reta. É a mais importante relação de parentesco, sendo estabelecida entre pais e filhos (GONÇALVES, 2018).

O Art. 1.596 do Código Civil de 2002 preceitua que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Segundo Fabrício Zamprogna Matiello (2013), o mencionado dispositivo é mera reprodução da norma contida no Art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece o tratamento igualitário aos filhos independentemente de sua origem. Por este motivo, os mesmos direitos e qualificações são garantidos a todos os filhos, como o direito ao nome, proteção e alimentos, assim como à qualidade de herdeiros dos pais. A igualdade refere-se aos filhos provenientes do casamento, aos

advindos da união estável, aos adotados, aos gerados em relação extramatrimonial, e assim sucessivamente.

A norma constitucional assinalada findou a distinção entre filiação legítima e ilegítima, conforme os pais fossem casados ou não, e adotiva, presentes no Código Civil de 1916. A esse propósito, lecionou Carlos Roberto Gonçalves:

Filhos legítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. Naturais, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adulterinos, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorresse de parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã (2018, p. 320).

Por consequência da mudança legislativa e respectiva igualdade entre os filhos, houve a proibição de qualquer forma de discriminação em relação a estes, de modo que os Cartórios de Registros não podem colocar nos assentos indicações referentes à origem do nascimento do indivíduo. O principal motivo dessa vedação é evitar situações constrangedoras e inconvenientes à pessoa, como nos casos de concepção por estupro (MATIELLO, 2013).

A filiação matrimonial corresponde à concepção dos filhos na constância do casamento dos genitores, mesmo que anulado ou nulo. Neste sentido, asseverou Maria Helena Diniz:

Assim, o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também à sua própria concepção; logo, em princípio, o momento determinante de sua filiação matrimonial é o de sua concepção. Todavia pode ocorrer que o filho seja concebido antes e nascido depois da celebração do casamento, sem que por isso deixe a filiação de ser matrimonial (2015, p. 507-508).

A presunção legal de paternidade está relacionada à impossibilidade de se provar diretamente a paternidade. Com a presunção da existência de relações sexuais entre os cônjuges e da fidelidade da esposa, o filho gerado na vigência do casamento tem como pai o esposo de sua mãe. Esta ideia visa preservar a segurança e paz familiar e foi consagrada no Direito Romano. Por conseguinte, a presunção *pater is est* ocorre quando presume-se a paternidade do filho concebido no período do matrimônio (GONÇALVES, 2018).

Dispõe o Art. 1.597 do Código Civil de 2002 que presumem-se como filhos concebidos na constância do casamento as seguintes situações elencadas:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A presunção de paternidade é relativa, podendo o pai apresentar prova em contrário, movendo ação negatória de paternidade. O genitor terá de demonstrar a presença de uma das circunstâncias taxativamente previstas nos Arts. 1.599, 1.600, 1.602 e 1.597, V, do Código Civil de 2002, sendo: a existência de adultério, pois ele estava fisicamente impossibilitado de coabitar com a esposa no momento da concepção; ou, a impossibilidade de inseminação artificial homóloga e de fertilização *in vitro*, porque o marido não doou sêmen para esse fim; ou, o esposo estava com doença grave que impede as relações sexuais (DINIZ, 2015).

Em relação à prova da filiação, preceitua o Código Civil de 2002 no Art. 1.603, que: “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”

A genitora poderá propor ação negatória de maternidade, provando falsidade do termo de nascimento do filho ou das declarações deste, por erro na qualificação da verdadeira genitora, pela ausência do parto, quando o filho é pertencente à outra mulher, em caso de troca de embrião, ou por ocorrência de erro, dolo ou fraude durante o registro no cartório (DINIZ, 2015).

A filiação não matrimonial é consequência de relações extramatrimoniais, sendo divididos de forma didática em naturais, quando não há impedimento para o casamento dos pais no instante da concepção e em espúrios, em caso de

impedimento matrimonial entre os genitores durante a concepção. Juridicamente, não pode ser feita nenhuma discriminação entre os filhos (DINIZ, 2015).

O reconhecimento da filiação declara a filiação concebida fora do casamento, ocasionando o parentesco entre o pai e mãe e seu filho, sendo um ato declaratório e não constitutivo. A esse respeito, explanou Maria Helena Diniz:

Não cria, portanto, a paternidade, pois apenas visa a declarar um fato, do qual o direito tira consequências. É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os progenitores e a prole, origina efeitos jurídicos. Desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação, dela decorrendo consequências jurídicas, já que antes do reconhecimento, na órbita do direito, não há qualquer parentesco (2015, p. 531-532).

O reconhecimento do filho pode ser voluntário ou judicial. O reconhecimento voluntário exige a capacidade do agente e é um ato jurídico em sentido estrito. O reconhecimento judicial do filho pode ser feito por ação de reconhecimento de paternidade, sendo ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível. Corresponde ainda à um direito personalíssimo e indisponível (GONÇALVES, 2018).

A ação de investigação de maternidade é pouco usual, podendo o filho ajuíza-la em face da genitora ou seus herdeiros. Contudo, no atual ordenamento jurídico, não persiste qualquer restrição ao ajuizamento da referida demanda. A esse propósito, observou Maria Helena Diniz:

A ação de investigação de maternidade (RTJ, 74:598), promovida contra a suposta mãe, ou se já tiver falecido contra seus herdeiros, pelo próprio filho, se capaz, ou por seu representante legal, se incapaz, é raríssima devido à parêmia *mater semper certa est*, sendo, outrora, vedada quando tinha por fim (a) atribuir prole ilegítima a mulher casada. [...] Hoje não há mais qualquer restrição à investigação de maternidade. (2015, p. 566-567)

O reconhecimento voluntário ou judicial do filho possui variadas consequências, tais como estabelecer a relação de parentesco entre o filho e seus pais, impedir que um filho gerado fora do casamento resida no lar conjugal sem consentimento do outro cônjuge, dar ao filho direito a assistência e alimentos, sujeitar o filho enquanto menor ao poder familiar e garantir os direitos sucessórios respectivos, dentre outros (DINIZ, 2015).

1.2 Do Poder Familiar

No direito romano, o poder familiar denominava-se *pátria potestas* e priorizava apenas os interesses do chefe de família, tendo caráter absoluto. Este tinha o direito sobre a vida e a morte do filho, referente ao *jus vitae et necis*. Com o decorrer dos anos, o chefe de família teve seus poderes limitados, uma vez que não podia mais expor o filho, mata-lo ou entrega-lo como indenização (GONÇALVES, 2018).

No quesito patrimonial, o filho era tratado como verdadeiro escravo, de modo não possuía nenhum bem próprio. Todo patrimônio que o filho adquiria era para o pai, com exceção das dívidas (MONTEIRO; SILVA, 2016).

Acerca da autonomia do indivíduo enquanto cidadão e da relação de submissão existente entre o pai e o filho em Roma, Caio Mário da Silva Pereira aduziu que:

Politicamente, o *filius familias* gozava de relativa autonomia, porque, como cidadão (*ut civis*), era reclamado pelo Estado para o exercício de funções públicas (*ius honorum*), como para a participação nos comícios (*ius suffragii*). Mas, no que respeita aos direitos civis, a comunidade de existência entre pai e filho impunha a este o poder absoluto daquele. Essa submissão era destinada durar sempre, salvo a cessação por morte ou *capitis deminutio do pater*, elevação do filho a certas dignidades maiores, ou emancipação voluntária, o que autoriza dizer que a *pátria potestas* era vitalícia (2018, p. 497).

Os poderes outorgados ao chefe de família restringiram-se aos poucos, de modo que no governo de Justiniano os direitos de expor o filho, mata-lo ou entrega-lo como indenização tornaram-se apenas lembranças. Os motivos desse decréscimo são diversos, tais como o fim de certas crenças supersticiosas, o aumento de um sentimento de simpatia pelos filhos e o desaparecimento do culto aos antepassados (MONTEIRO; SILVA, 2016).

Na modernidade, o poder familiar se tornou um conjunto de deveres concedidos aos pais de caráter protetivo em relação aos filhos, transcendendo o âmbito do direito privado e alcançando o direito público. O cristianismo teve papel decisivo na construção desse conceito. O poder familiar é um *múnus* público, no que

tange à importância da proteção das novas gerações pelo Estado (GONÇALVES, 2018).

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2015), os pais são essenciais na formação da criança. Aos genitores incumbe a criação e educação dos filhos, a fim de torna-los úteis à sociedade. Quando o pai ou a mãe falta com esse dever deve arcar com as sanções de caráter civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual do infante.

O Código Civil de 2002 regula o exercício do Poder Familiar, apresentando os direitos e deveres dos genitores em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores, nos seguintes termos:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

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

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua

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

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

O Código Civil de 2002 prevê o poder familiar quanto aos genitores sem qualquer discriminação ou preferência, possuindo igualdade de condições, direitos e deveres. O mesmo ocorre em relação aos filhos menores, não havendo qualquer distinção independente da origem da filiação (MONTEIRO; SILVA, 2016).

O poder familiar é indelegável e irrenunciável, pois os genitores não podem transferi-lo à outrem e nem renunciar; também é imprescritível, uma vez que esse direito não decai pelo fato do genitor não exercitá-lo. Outro aspecto relevante é sua incompatibilidade com a tutela (GONÇALVES, 2018).

O poder familiar extingue-se pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial.

Quando ambos os pais morrem desaparece o poder familiar, já no caso de haver um sobrevivente neste se concentra o referido poder. Quando os dois genitores falecem faz-se necessário a nomeação de tutor, a fim de resguardar os interesses do infante. A morte do filho faz desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor (GONÇALVES, 2018).

A eficácia da emancipação do filho depende de registro no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, com a devida anotação no assento de nascimento. Em relação à extinção do poder familiar pela emancipação, assevera Caio Mário da Silva Pereira:

Cessa, portanto, a incapacidade, importando em atribuir a plenitude dos direitos civis, sem a dependência dos pais. Sendo o poder familiar instituído em razão da incapacidade, a emancipação do menor de idade implica que vem a cessar, no momento em que ocorra a emancipação. Na forma do parágrafo único do art. 5º do Código Civil de 2002, dá-se a emancipação por concessão dos pais, homologada pelo juiz, se o menor contar dezesseis anos (2018, p. 519).

A maioridade tem como consequência o fato de cessar integralmente a subordinação do menor aos pais. Já a adoção transfere o poder familiar da pessoa do pai natural para o adotante. Este aspecto é irreversível, no sentido que é ineficaz posterior arrependimento daquele que entregou o infante à adoção, desde que o ato tenha sido realizado pelo procedimento legal (GONÇALVES, 2018).

Em caso de morte do pai adotivo, o filho torna-se órfão, não se restaurando o poder do pai biológico. Merece destaque que a adoção depende de consentimento dos genitores, caso contrário deverá ocorrer prévia destituição do poder familiar (MONTEIRO; SILVA, 2016).

O poder familiar extingue-se por decisão judicial em situações de abandono, atos contrários à moral e aos bons costumes, castigos imoderados e incidir qualquer dos genitores reiteradamente nas hipóteses de suspensão do poder familiar. Deve ser respeitado o contraditório e o devido processo legal para que haja a destituição do aludido poder (PEREIRA, 2018).

A entrega pelos genitores de seu filho a terceiro, realizada de forma irregular para fins de adoção, gera a extinção do poder familiar, pois ocorre a supressão das formalidades legais indispensáveis ao ato.

Dispõe o Art. 1.637 do Código Civil de 2002 sobre as situações que ocasionam a suspensão do poder familiar:

Art. 1.637. 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 a 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.

Em caso de suspensão do poder familiar, o genitor perde todos os direitos referentes aos filhos. A autoridade judiciária poder decreta-la liminarmente se houver causas graves que justifiquem a adoção da medida, de modo que este ato aproxime-se de uma antecipação de tutela. Assim, será concedida a guarda do menor à terceiro até final decisão (VENOSA, 2015).

Sendo feito requerimento ao juiz, a falta com os deveres inerentes ao poder familiar pode ocasionar sua suspensão. Conforme aduziu Carlos Roberto Gonçalves, o poder familiar abrange uma ampla variedade de deveres:

Os deveres inerentes aos pais não são apenas os expressamente elencados no Código Civil, mas também os que se acham esparsos na legislação, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 7º a 24) e na Constituição Federal (art. 227), tais como os que dizem respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como os que visam impedir que sejam submetidos a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (2018, p. 434).

O juiz de ofício, ou a requerimento de um parente, ou por representação do Ministério Público, suspende o poder familiar pelo tempo conveniente à proteção do interesse do menor. Ao findar este prazo estipulado pelo julgador, o exercício do poder familiar é restabelecido, com o respetivo conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos (PEREIRA, 2018).

1.3 Da Proteção da Criança e do Adolescente

Em relação à evolução do tratamento jurídico atribuído à criança e o adolescente, anteriormente a comunidade internacional não reconhecia a importância da proteção ao infante, havendo dois fatores decisivos para a mudança dessa situação: a) a insatisfação dos operários com as condições de trabalho da época e b) as consequências da Primeira Guerra Mundial às crianças. Assim, no final do século XIX e início do século XX surgiram vários movimentos sociais buscando reverter essa situação (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2014).

Essas manifestações culminaram na Organização Internacional do Trabalho, que resultou em seis convenções, dentre estas duas referem-se à proteção dos direitos do menor. Após o fim da primeira e segunda Guerras Mundiais, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração dos Direitos da Criança em 1959. Posteriormente, foi criada a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, com o maior número de ratificações pelo mundo, garantindo à criança e ao adolescente Proteção Integral (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2014).

Cronologicamente, o direito brasileiro menorista apresentou três fases distintas, correspondentes ao período do direito penal do menor, do menor em situação irregular e, por fim, da doutrina da proteção integral. A esse respeito, explanou Válder Kenji Ishida:

O primeiro período tem como base a delinquência menorista e abrange os Códigos Penais de 1830 e 1890. Passa pelo Código Mello Mattos de 1927. O segundo período inicia-se com o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79), orientando o chamado Direito do Menor. O artigo 2º do Código de Menores definia seis situações irregulares. Finalmente, surge, como fase mais recente, a doutrina da proteção integral, com destaque para os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Dentre essas diretrizes, surge o próprio ECA, passando a abranger uma gama variada de disciplinas voltadas à proteção dos direitos da criança e do adolescente (2011, p. 3).

No ordenamento jurídico brasileiro, foi em São Paulo, na gestão do Procurador Geral Paulo Frontini, que houve a criação das curadorias e coordenadorias da infância e da juventude. Nesse período, a estrutura de proteção ao menor era muito frágil e não existia obediência aos direitos fundamentais correspondentes (ISHIDA, 2011).

Diante da movimentação de diversas categorias sociais e da necessidade de promover proteção aos interesses do menor, o Estado brasileiro editou uma lei específica a fim de tutelar os direitos do infante, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em relação à criação desse diploma legal, leciona Válter Kenji Ishida:

Houve muita galhardia para a realização do ECA. Sancionado, após tal procedimento, passou a ser um dos diplomas legais mais modernos. A edição do ECA representava o estabelecimento da garantia, de instituição do contraditório, de supressão do denominado “entulho autoritário”. Tratou-se de uma reação à desigualdade. O ECA é uma criação coletiva. É fruto de um grande movimento, de várias categorias. Ele nasce da capacidade de indignação da sociedade (2011, p. 3).

Em relação ao conceito de criança e adolescente, será criança a pessoa com até doze anos incompletos e adolescente aquele que tiver entre doze e dezoito anos. Essa classificação técnica possui previsão legal no Art. 2º do ECA e possui o critério da idade como absoluto. Conforme o parágrafo único do referido dispositivo, nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente o ECA às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente é resultado do disposto no Art. 24, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 (CF) e estabelece normas gerais de proteção à infância e juventude. O mencionado Estatuto em seu artigo 1º adotou expressamente a doutrina da proteção integral, sendo baseada na interpretação de dispositivos constitucionais. Em sentido amplo, conforme Art. 6º da CF/88, a proteção à infância é direito social (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2014).

O Art. 227, *caput*, da CF/88 apresenta o meta princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente. Acerca deste dispositivo constitucional, Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre e Rogério Sanches Cunha observaram que é da família, da sociedade e do Estado a responsabilidade pela integridade do menor, afirmando que a lei:

[...] pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente

articulado de políticas públicas. Essa competência difusa, que responsabiliza uma diversidade de agentes pela promoção da política de atendimento à criança e ao adolescente, tem por objetivo ampliar o próprio alcance da proteção dos direitos infanto-juvenis. Note-se que a fundamentalidade desses dispositivos é tamanha que contou com a reprodução praticamente integral no art. 4º. do ECA (2014, p. 74).

O direito à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente possui previsão no Art. 19 do ECA. O direito à convivência familiar é o direito fundamental do infante de viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa, fundando-se nos princípios da proteção integral e o da prioridade absoluta. Conforme Art. 226 da CF/88, a entidade familiar é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, por meio de institutos jurídicos e instrumentos legais efetivos (ISHIDA, 2011).

Diante da proteção do núcleo familiar, há preferência de que a criança permaneça com seus pais biológicos. No entanto, quando isto não é possível, pode haver o acolhimento familiar ou institucional. Apenas após a verificação técnico-jurídica da falta de condições dos genitores, inicia-se o procedimento de inserir o menor em lar substituto. Quanto aos termos jurídicos, a família natural é a advinda dos genitores biológicos, a família extensa refere-se aos parentes com afinidade ou afetividade e família substituta provém da guarda, tutela e adoção (ISHIDA, 2011).

O direito à convivência comunitária refere-se ao direito do menor de conviver na comunidade, permitindo envolver-se com valores políticos e sociais que irão conduzir sua vida cidadã, que no aspecto formal, começa aos dezesseis anos com o direito de sufrágio pelo voto direto. O infante deve viver em ambiente sem a presença de dependentes químicos, por conta da falta de condições destes em proporcionar seu sadio desenvolvimento e visando prevenir o envolvimento de menores no tráfico de entorpecentes (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2014).

A fim de assegurar a defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, foram criados mecanismos no âmbito do Poder Judiciário. Nesse contexto, têm-se o Sistema de Justiça da Infância e da Juventude, formado pela Vara da Infância e da Juventude, pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público, além de outros órgãos específicos (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2014).

CAPÍTULO II – TIPOS DE GUARDA DOS FILHOS

Segundo Maria Berenice Dias (2015), o critério utilizado para estipular a guarda dos filhos é a vontade dos genitores. Porém, a definição de quem permanecerá no convívio com o infante não se restringe ao âmbito familiar, podendo ser deferida a guarda a outra pessoa, existindo preferência por componente da família extensa, que possua relação de afetividade e apresente compatibilidade. Neste capítulo serão abordados os diferentes tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Da Guarda

Diante do fim do vínculo conjugal, incluindo a união estável, é necessário que se estabeleça com quem permanecerá a guarda dos filhos menores. Em uma análise histórica, a guarda era discutida apenas após o fim do casamento, sendo concedida ao cônjuge “inocente”. Por conseguinte, houve alterações acerca do tema, contudo, por um longo período, a guarda unilateral continuou sendo aplicada de forma predominante (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017).

O Código Civil de 2002 aborda as regras relativas à “Proteção da Pessoa dos Filhos” e possui disposições relevantes nos Arts. 1.583 e 1584. Estes artigos foram alterados pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 e, posteriormente, houve modificações pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Portanto, a matéria concernente à guarda de filhos na esfera do poder familiar ainda não encontrou plena estabilidade legislativa (TARTUCE, 2018).

O poder familiar gera um complexo de direitos e deveres entre pais e filhos, sendo um de seus elementos a guarda dos filhos menores. Conforme Art.

1.634, II, do Código Civil, compete a ambos os pais o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos, exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do Art. 1.584 do mesmo diploma legal (BRASIL, 2002).

A guarda de menor consiste no conjunto de relações jurídicas existentes entre uma pessoa e o infante, advindas do fato deste estar em companhia daquele e da responsabilidade daquele em relação a este, quanto a educação, direção e vigilância. A guarda dos filhos é originariamente conjunta, se individualizando somente com a separação de fato ou de direito dos genitores (ISHIDA, 2011).

O Art. 1.584 do Código Civil de 2002, em sua redação original, findou a vinculação da guarda dos filhos com a culpa dos cônjuges no divórcio, não persistindo a regra do artigo 10 da Lei de Divórcio. Essa inovação baseia-se no princípio do melhor interesse da criança, um direito fundamental previsto no Art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988. Desse modo, a Emenda Constitucional n. 66/2010 em nada repercutiu sobre a guarda dos filhos (GONÇALVES, 2018).

Segundo o Art. 1.585 do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014, em medida cautelar de separação de corpos, medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, exceto se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão sem a oitiva da outra parte (BRASIL, 2002).

Observada a primazia dos interesses do menor, o magistrado é dotado de amplos poderes para estabelecer as disposições relativas à guarda. Nesse sentido, assevera Carlos Roberto Gonçalves:

Deve-se sempre dar primazia aos interesses dos menores. Em questões de família, a autoridade judiciária é investida dos mais amplos poderes. Por isso, o Art. 1.586 do Código Civil permite que, a bem deles, o juiz decida de forma diferente dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, desde que comprovada a existência de motivos graves. A questão da guarda admite revisão, sempre a bem do menor, com base no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada (2018, p. 282).

Apesar de ser respeitada a decisão dos genitores acerca da guarda, deve-se considerar que estes encontram-se em um momento de plena fragilidade

emocional em virtude do término da relação conjugal. Assim, ainda que a definição da guarda e visitas deva ser deliberada pelos pais, o referido acordo depende da chancela judicial (DIAS, 2015).

2.2 Da Guarda Unilateral

Conforme disposto no Art. 1.583, §1º, do Código Civil de 2002, entende-se por guarda unilateral “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

A guarda unilateral é adotada com mais frequência, de forma que um dos genitores, ou alguém que o substitua, possui a guarda e o outro tem, em seu benefício, a regulamentação de visitas. A característica desfavorável da guarda unilateral é impossibilidade da criança manter contato com ambos os pais de modo concomitante, sendo um dos motivos para as alterações legislativas e o conseqüente incentivo à guarda compartilhada (GONÇALVES, 2018).

Conforme Art. 1.583, §5º, do Código Civil de 2002, a guarda unilateral obriga o genitor que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, sendo parte legítima para requerer informações ou prestação de contas, subjetivas ou objetivas, em situações relacionadas, de forma direta ou indireta, à educação e saúde física e psicológica do menor (DIAS, 2015).

A intenção do referido dispositivo é estabelecer ao genitor não guardião um dever de cuidado material, afeto e atenção em relação ao infante, visando prevenir uma situação de “abandono moral”. No entanto, este preceito legal não responsabiliza o genitor não detentor da guarda pelos danos causados pelo filho a terceiros (GONÇALVES, 2018).

Dispõe o Art. 1.584, incisos I e II, do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.698 de 2008, sobre as formas pelas quais pode ser estabelecida a guarda unilateral:

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.

A guarda pode ser atribuída ainda a um terceiro, como avós ou tios. Segundo Art. 1.584, §5º, do Código Civil de 2002, caso o magistrado verifique que o infante não deve permanecer sob os cuidados dos pais, concederá a guarda à pessoa que possua compatibilidade com a medida, observados, preferencialmente, o grau de parentesco e a afetividade e afinidade (TARTUCE, 2018).

O direito e dever de visitas considera, primeiramente, o interesse do infante. A visita deve ser observada de forma ampla, não se limitando à opção de o genitor não guardião visitar o menor e recebe-lo em determinados dias em sua residência, porém refere-se à imposição de uma relação de mútua comunicação e correspondência entre ambos (MADALENO, 2017).

A regulamentação de visitas visa preservar a convivência entre o genitor não guardião e seu filho, sendo permitida a fiscalização da manutenção e educação deste. Ademais, qualquer estabelecimento, público ou privado, deve prestar informações aos pais sobre seus filhos, sob pena de multa. Nesse sentido, aduz Maria Berenice Dias:

[...] poderá ter os filhos em sua companhia, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz, bem como **fiscalizar sua manutenção e educação** (CC 1.589). Tanto isso é verdade que a escola tem o dever de informar mesmo ao genitor que não convive com o filho, sobre a frequência e o rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola. Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$200,00 a R\$500,00 por dia pelo não atendimento da solicitação (CC 1.584 §6º). (2015, p.524 – grifo do autor).

A guarda e as visitas estabelecidas não possuem natureza definitiva, podendo ser alteradas em virtude do interesse do infante. Eventuais atitudes dos genitores visando causar dano ao ex-cônjuge podem ser consideradas como atos de abusos e fonte de reversão da guarda, suspensão e supressão de visitas, uma vez que podem gerar prejuízos ao estado psicológico do menor (MADALENO, 2017).

Inclusive o cônjuge declarado culpado na ação de separação litigiosa proposta antes da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, e que não detinha as

melhores condições para exercer a guarda, possui o direito de visitas. No entanto, em nenhum caso o genitor deve ser obrigado a visitar o filho, pois o relacionamento entre pai e filho deve fluir de forma espontânea e livre. Cabe dizer ainda que, após o fim do vínculo conjugal entre os pais, observados os interesses do menor, o magistrado pode determinar o direito de visitas aos avós (GONÇALVES, 2018).

Nos termos do Art. 1.703 do Código Civil de 2002, “Para a manutenção dos filhos os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

Assim, após o rompimento da convivência conjugal, os genitores devem arcar, de forma igualitária, com as despesas para manutenção dos filhos. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe que o instituto dos alimentos corresponde às condições essenciais a toda pessoa, a fim de proporcionar-lhe o mínimo para educação, saúde, alimentação e moradia. O direito aos alimentos é irrenunciável e personalíssimo e devem ser fixados nos limites das necessidades do alimentado e condições financeiras do alimentante (VALENTE, 2017).

Destaca-se que a peça exordial de ação de divórcio ou separação consensuais deve conter o acordo referente à guarda e visitas dos filhos incapazes. A esse propósito asseverou Carlos Roberto Gonçalves:

Dispõe o Art. 731, III, do Código de Processo Civil de 2015 que a petição inicial de divórcio ou separação consensuais deve conter ‘o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas’. [...] Depois de homologado o acordo, qualquer desentendimento a respeito do direito de visitas, regulamentado ou não, bem como do exercício da guarda ou da interpretação de cláusulas do acordo, deve ser resolvido em ação própria, e não nos autos de processo já findo. (2018, p. 290)

Preceitua o Art. 1.699 do Código Civil que, se depois de fixados os alimentos ocorrer modificação nas condições financeiras de quem os provê ou os recebe, o interessado poderá pleitear em juízo a redução, majoração ou exoneração do encargo (BRASIL, 2002).

A guarda unilateral gera certo distanciamento entre o infante e o genitor não guardião, porque a este é determinado o dia de visita, que pode ser um dia não muito agradável, pois é previamente marcado e geralmente há imposição de regras

pelo genitor guardião. Assim, esta modalidade de guarda é propícia a gerar insatisfações, pois o genitor não detentor da guarda pode se ver prejudicado em relação ao contato estabelecido com os filhos (DIAS, 2015).

2.3 Da Guarda Alternada

Na guarda alternada a criança permanece em iguais períodos nas residências de cada genitor. Esta modalidade de guarda visa satisfazer mais os interesses dos pais do que dos filhos e é propícia a gerar mais problemas que soluções, estando fadada ao insucesso (VENOSA, 2015).

A guarda alternada é uma criação doutrinária e jurisprudencial, não estando disciplinada na legislação brasileira, diferentemente da guarda unilateral ou compartilhada. É uma modalidade de guarda monoparental, sendo que o período predeterminado que cada genitor passa com o infante pode ser anual, semestral, mensal, dentre outros (DIAS, 2015).

Pode-se mencionar como exemplo de guarda alternada, quando o infante fica em companhia do genitor de segunda a quarta-feira e com a genitora de quinta-feira a domingo. Como a criança deve sempre arrumar as malas para ir para a outra residência, alguns a denominam como “guarda mochileiro”. Pode ser intitulada também como “guarda pingue-pongue”, porque o menor convive com cada um dos pais por períodos interruptos (TARTUCE, 2018).

Esta forma de guarda não é bem aceita no direito brasileiro, porque o filho mantém dois lares e cada genitor exerce a guarda com exclusividade enquanto o menor está na sua residência. Assim, no período que o pai ou a mãe permanece com o infante detém totalmente o poder familiar. De modo diverso, na guarda compartilhada, mesmo que o menor esteja em companhia de cada um dos pais, ambos têm autoridade legal sobre aquele (MONTEIRO; SILVA, 2016).

Mostra-se inconveniente a aplicação guarda alternada, pois a criança recebe tratamentos distintos nas casas do pai e da mãe e, por consequência, perde seu referencial moral. Apesar de ser semelhante à guarda compartilhada, é importante ressaltar que ambas as modalidades não se confundem. Em casos

excepcionais a guarda alternada pode ser aplicada, considerando as circunstâncias e particularidades do caso concreto (TARTUCE, 2018).

2.4 Da Guarda Compartilhada

Nos termos do Art. 1.583, §1º do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei 11.698 de 2008, guarda compartilhada consiste na “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”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a proteção integral ao infante, sendo dever da comunidade, da família, do Poder Público e da sociedade resguardar com prioridade, dentre outros direitos elencados, o de convivência familiar. Dessa forma, com esteio na cooperação mútua entre os cônjuges separados ou divorciados e visando o empenho de ambos no cuidado dos filhos havidos na constância da união conjugal, a escolha pela guarda compartilhada passou a ser cada vez mais presente nas Varas de Família (GONÇALVES, 2018).

O direito à convivência familiar consiste no direito fundamental da criança e do adolescente a viver e manter vínculos afetivos no seio de sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa. Em relação a esse direito, Válder Kenji Ishida afirma que:

A garantia da convivência familiar se perfaz através de dois princípios basilares: o da proteção integral e o da prioridade absoluta. A entidade familiar dispõe de proteção constitucional, já que o art. 226 da Carta Magna especifica proteção especial pelo Estado da família. Esta possui um conceito dilatado, abrangendo a união estável (art. 226, §3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem já dispunha em seu art. XVI, 3, que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade. (2011, p. 33 e 34)

É inviável a aplicação da guarda compartilhada ou conjunta entre casais em situação de conflito e que enxergam o menor como um “troféu” de todas as suas divergências extrajudiciais e judiciais. O atrito entre os pais e a presença de sentimentos de ódio e ressentimento reflete de forma negativa no desenvolvimento do menor. Havendo desavenças inconciliáveis e a ausência de concordância dos genitores por esta forma de guarda, a tendência é o aumento de uma relação de rivalidade, gerando prejuízos à saúde psicológica dos filhos (MADALENO, 2017).

A guarda compartilhada requer uma convivência pacífica mínima entre os genitores, sendo importante certa relação harmônica entre estes. Assim, apesar de ser inviável logo após a dissolução da união conjugal em alguns casos, pode mostrar-se adequada posteriormente. A esse propósito asseverou Sílvio de Salvo Venosa:

A modalidade de guarda pode ser alterada a qualquer tempo, sempre no interesse do menor. Isso significa que a princípio, quando no fervor do rompimento da convivência conjugal, pode não ser o melhor momento para a guarda compartilhada ou para um compartilhamento mais amplo. Após algum tempo, serenados os ânimos entre os interessados, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural. Compartilhar deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os elos de afeto com maior presença na vida dos menores. (2015, p.202)

Esta modalidade de guarda mostra-se conveniente quando os genitores residem em casas próximas, de modo que o infante possa conviver de forma equilibrada com o pai e a mãe. Apesar de não ser uma forma de guarda adequada para todos os casos a mesma deve ser incentivada. Destaca-se que, na guarda compartilhada o menor possui uma residência principal, vivendo com um dos genitores, porém pode ser estabelecida uma rotina a fim de proporcionar, de forma igualitária, a permanência da criança com ambos os pais (GONÇALVES, 2018).

O principal objetivo desta modalidade de guarda é fazer com que os genitores separados possam, de forma concomitante, conviver com os menores e proporcionar-lhes a educação adequada. Nesse sentido explanou Sílvio de Salvo Venosa:

A ideia é fazer com que pais apartados, separados a qualquer título, compartilhem a educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões. Não havia necessidade de texto expresso de lei para que essa guarda compartilhada fosse atribuída pelo Judiciário. Mas, de qualquer modo, *legem habemus*. Tudo dependerá da oportunidade e conveniência avaliada pelo juiz e pelos próprios cônjuges, quando estes acordam sobre essa modalidade de guarda (2015, p. 201).

Nos termos do Art. 1.584, incisos I e II, do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.698 de 2008, a guarda unilateral ou compartilhada

poderá ser aplicada por duas formas. Pode ser requerida por ambos os pais, por consenso, ou por qualquer deles, em ação autônoma de divórcio, separação, dissolução de união estável ou em medida cautelar, ou ainda, poderá ser decretada pelo julgador, considerando as necessidades próprias do menor ou por conta da distribuição do período de convivência com cada um dos pais (BRASIL, 2002).

Na audiência de conciliação o julgador deve esclarecer os pais a respeito do significado da guarda compartilhada, indicando que a mesma permite ampla presença dos pais na vida dos filhos e proporciona maiores benefícios, com a maior influência dos genitores no desenvolvimento do menor (GONÇALVES, 2018).

Estando ambos os pais aptos a exercer o poder familiar e não havendo acordo quanto à guarda do infante, será atribuída a guarda compartilhada, exceto se um dos pais declarar que não deseja possuir a guarda do filho. A esse respeito explanou Maria Berenice Dias:

O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais. Caso não pudesse ser imposta pelo juiz, independentemente de concordância dos genitores, se transformaria em instituto destituído de afetividade. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda conjunta (2015, p. 526).

Nos termos do Art. 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002, “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Segundo Maria Berenice Dias (2015), a atribuição da guarda compartilhada não exime o dever de prestar alimentos, uma vez que em muitos casos os pais possuem condições financeiras distintas. A prestação alimentícia pode ser pleiteada por via judicial, porque as despesas com o menor devem ser divididas entre ambos os genitores.

Conforme Art. 1.695 do Código Civil, são devidos os alimentos quando quem os pretende não os pode prover pelo seu trabalho e aquele de quem se

reclamam pode fornecê-los sem prejuízo do necessário ao seu sustento. Dispõe ainda o Art. 1.696 do mesmo diploma legal que, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo aos ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau (BRASIL, 2002).

Em relação à quantidade dos alimentos a serem estabelecidos, a atribuição da guarda compartilhada não traz significativas alterações às regras gerais de caráter alimentar. Os gastos infantojuvenis baseiam-se em despesas com refeições, plano de saúde, escola, medicamentos, roupas, calçados, material escolar, dentre outras (DIAS, 2015).

Acerca dos reflexos da guarda compartilhada na responsabilidade civil dos genitores pelos atos dos filhos menores, Carlos Roberto Gonçalves aduziu que:

Deve-se registrar, por oportuno, que a guarda compartilhada terá influência na responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores. Segundo a jurisprudência dominante, a responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. Em caso de guarda unilateral, responde somente o genitor que a tem, embora ambos sejam detentores do poder familiar. Como na guarda compartilhada ambos detêm o poder de fato sobre os filhos menores, mantendo-os 'sob sua autoridade e em sua companhia' (CC, art. 932, I), respondem solidariamente pelos atos ilícitos dos filhos menores (2018, p. 288).

É importante dizer que em algumas situações a guarda pode ser concedida aos avós, tios ou até um companheiro homoafetivo do genitor. Com a alteração feita pela Lei nº 13.058 de 2014, o Art. 1.584, §5º, do Código Civil de 2002, dispõe que se o magistrado constatar que o menor não deve permanecer com os genitores deverá atribuir a guarda à pessoa que apresente compatibilidade, observados o grau de parentesco e as relações de afetividade (TARTUCE, 2018).

Em muitos casos os tribunais tem estabelecido a guarda compartilhada de um dos genitores com um terceiro, como tios ou avós, ou até mesmo de um dos genitores com uma terceira pessoa que não é familiar do infante, mas possui uma forte relação de afetividade. Em decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi deferida a guarda compartilhada da avó e tio paternos em relação a uma adolescente que vive com estes desde os quatro meses de vida. O relator destacou que eles buscavam apenas regularizar uma realidade fática existente há doze anos, havendo concordância expressa dos envolvidos (GONÇALVES, 2018).

O rompimento da convivência conjugal não extingue os direitos e deveres dos pais perante os filhos, sendo importante manter as relações de afetividade com o menor. Nesse sentido aduziu Maria Berenice Dias:

O rompimento da conjugalidade dos genitores não pode comprometer os vínculos de parentalidade, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que o divórcio ou a dissolução da união estável dos pais acarreta nos filhos (2015, p. 531).

Muitos pais não compreendem que, o uso do filho como meio para libertar-se das mágoas e ressentimentos advindos do término da convivência conjugal pode gerar inúmeras feridas emocionais no infante. Estas cicatrizes, poderão se tornar permanentes e incuráveis se não forem tratadas a tempo, prejudicando os vínculos de afetividade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Dispõe o Art. 1.584, §4º, do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014, sobre a alteração ou descumprimento das cláusulas de guarda unilateral ou compartilhada que, a alteração ou descumprimento sem autorização de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá ocasionar a supressão de prerrogativas atribuídas ao seu detentor (BRASIL, 2002).

Na guarda compartilhada, ambos os pais possuem todo o conjunto de direitos e deveres decorrentes do poder familiar, sujeitando-se a pena de multa se agirem dolosamente ou culposamente, conforme Art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, com redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A guarda compartilhada não está associada meramente ao convívio por períodos repartidos, pois devem ser considerados os interesses do menor e não dos genitores. Não refere-se à uma divisão matemática do tempo, mas à igualdade de responsabilidades e cuidados dos pais em relação ao infante. Assim, a fim de planejar os períodos de convivência do menor com os genitores, de forma equilibrada, e determinar as atribuições parentais, o magistrado poderá utilizar orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (MADALENO, 2017).

CAPÍTULO III – ALIENAÇÃO PARENTAL

A terminologia “síndrome da alienação parental” foi elaborada por Richard Gardner, professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, em Nova York, EUA, em 1985, e refere-se a um distúrbio infantil advindo de uma realidade de disputa dos pais em relação à guarda e cuidados do filho menor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

3.1 Conceitos

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017), as primeiras evidências da alienação parental são atitudes da própria criança visando denegrir a imagem de um dos pais. É consequência das instruções dadas por um dos genitores ao menor com intuito de caluniar o outro. Corresponde a um distúrbio que atinge inúmeras crianças, sendo vítimas da influência feita por um dos pais para que o infante repudie o outro.

A expressão alienação parental foi usada inicialmente nas ações de guarda de filhos nos tribunais norte-americanos, quando verificava-se que um dos pais conduzia o filho a findar os vínculos afetivos com o outro. Esse contexto é muito frequente na vida dos casais que se separam, pois um dos ex-cônjuges, com os ressentimentos e mágoas do término da união, busca afastar o filho menor do outro, denegrindo a imagem deste e obstando o direito de visitas (GONÇALVES, 2018).

A obra clássica Medéia, de Eurípedes, demonstra que alienação parental não é um fenômeno atual. Referida obra apresenta o inconformismo da genitora

que, ao romper a convivência conjugal, continua ligada ao marido de forma afetiva, e por este motivo, usa os filhos como meio de vingança. Assim, por ter sido traída por seu esposo Jasão, Medeia causa a morte dos próprios filhos para que aquele sofra a ausência destes por toda a vida (MONTEIRO; SILVA, 2016).

A prática da alienação parental sempre existiu, contudo apenas recentemente passou a receber maior atenção no judiciário brasileiro, segundo observou Maria Berenice Dias, afirmando que:

[...] Apesar de ser prática recorrente – pois sempre existiu a tentativa de um dos pais de desqualificar o outro para os filhos – só recentemente é que começou a despertar atenção. Antes os papéis parentais eram bem divididos: o pai era o provedor e a mãe a cuidadora. Assim, quando da separação os filhos ficavam sob a guarda materna e ao pai cabia o encargo de pagar alimentos e visitá-los quinzenalmente, se tanto. Com a da emancipação feminina, passando as mulheres a exercer atividades fora do lar, os homens descobriram as delícias da paternidade e começaram a ser muito mais participativos no cotidiano dos filhos (2015, p. 545).

No ordenamento jurídico brasileiro, a síndrome da alienação parental foi regulamentada pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Contudo, uma parcela da comunidade científica não entende haver uma verdadeira “síndrome”, sendo necessárias novas pesquisas na área para referido reconhecimento. Portanto, a lei supracitada refere-se à alienação parental e não diretamente à síndrome, que engloba os sinais e sintomas apresentados pelo infante programado para repudiar um dos pais (PEREIRA, 2018).

O Art. 2º da Lei nº 12.318/2010, conceitua a alienação parental como da seguinte forma:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Pode ser considerado sujeito ativo, chamado de alienador, um dos genitores, avós, tutores, qualquer pessoa que tenha o menor sob sua custódia, bem como o responsável por programa de acolhimento institucional. Porém, o legislador

restringiu a figura do sujeito passivo, nomeado como alienado, somente ao genitor, apesar de outros membros familiares também poderem ser identificados como tais, como tios, irmãos, avós ou padrasto. A vítima da conduta de alienação parental é o menor, quem sofre as maiores consequências desta prática (PEREIRA, 2018).

Os indícios da ocorrência de alienação parental vão desde a imposição de obstáculos para a criança conviver com o genitor alienado até instigar o infante a escolher a um dos pais. Além disto, busca-se não mencionar o nome do genitor alienado na presença do menor, restringe-se o contato da família com aquele, a criança é induzida a não chama-lo como pai ou mãe, instiga-se esta a chamar o padrasto e a madrasta de pai e mãe, dentre outros atos (MONTEIRO; SILVA, 2016).

Verificado indício de ato de alienação parental, o magistrado determinará as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica do infante, proporcionando sua convivência com o genitor alienado ou a reaproximação entre ambos. Por ser uma análise preliminar do juiz, será assegurado à criança a garantia mínima de visita assistida em relação ao genitor alienante, salvo se houver risco de prejuízo à integridade do menor, atestado por profissional designado para acompanhamento de visitas (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014).

A determinação das medidas provisórias supracitadas são fruto da cognição sumária do juiz, sem realizar-se uma perícia técnica acerca da ocorrência de ato de alienação parental, segundo Art. 4º da Lei nº 12.318/2010. A esse respeito lecionou Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em uma primeira análise, poder-se-ia até argumentar que tal previsão meramente indiciária afrontaria o sistema constitucional de ampla defesa, mas, em verdade, tal raciocínio não procede, pois o que se tem em mira é, em primeiro plano, a perspectiva de defesa da própria criança ou adolescente, vítima indefesa dessa grave forma de programação mental, em um contexto familiar que, em geral, dificulta sobremaneira a reconstrução fática da prova em juízo (2017, p. 624).

A alienação parental caracteriza-se no fato de um dos titulares do poder familiar buscar limitar o exercício deste direito ao outro genitor, do modo mais insensível, com afastamento do próprio filho do relacionamento com o último. Assim, um dos genitores, ou pessoa que tenha o menor sob sua responsabilidade, impõe

inúmeros obstáculos à convivência paterno ou materno-filial, rompendo os vínculos afetivos. Com isto, restringe-se à criança uma importante contribuição na sua formação intelectual e social (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

O genitor alienador realiza uma efetiva doutrinação da criança, a fim de criar uma imagem negativa do genitor alienado. Instiga-se o infante a sentir sensações de medo e receio na presença deste. De modo concomitante, por conta do afastamento do genitor alienado, a criança sente-se abandonada e desprezada por este, sendo rompido o vínculo afetivo (DIAS, 2015).

A ocorrência de alienação parental indica a irresponsabilidade e egoísmo dos genitores e as graves consequências sofridas pelo infante que têm morto, no aspecto psicológico, um ascendente não falecido. A Lei nº 12.318/2010 visa divulgar o significado da alienação parental e proporcionar segurança aos magistrados na adoção de providências para prevenir ou solucionar a sua ocorrência (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Pode ocorrer de a conduta alienante ser praticada pelo genitor não guardião. Cabe dizer que a alienação parental é uma forma de abuso emocional capaz de gerar muitas consequências graves ao infante. A esse respeito aduziu Sílvio de Salvo Venosa:

O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor, geralmente aquele que não tem a guarda, embora isso não seja uma regra. Mesmo aquele que só recebe os filhos nos finais de semana e em datas específicas pode ter conduta de alienação parental. O guardião em geral, seja ele separado de fato, divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com a ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as mais variadas formas. [...] Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais (2015, p. 356).

A perícia biopsicossocial e psicológica abrange entrevista pessoal com as partes, histórico do relacionamento do casal e da separação, exame de documentos dos autos, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como o infante se posiciona diante de eventual acusação contra o genitor. O respectivo laudo deve ser entregue em noventa dias, prorrogável apenas por autorização judicial (PEREIRA, 2018).

O foro competente para a propositura de ação que tenha criança e adolescente como parte é determinada pelo domicílio dos pais. A esse respeito, Maria Berenice Dias aduziu que:

[...] A matéria foi sumulada pelo STJ. No entanto, nas disputas familiares é frequente a alteração de domicílio, não só para dificultar a convivência entre o filho e um dos pais como também para provocar o deslocamento da competência, a Lei da Alienação Parental elenca a injustificada mudança de domicílio para local distante como exemplo de prática alienadora (at. 2º, parágrafo único, VII) e admite a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, seja de ofício ou a requerimento da parte interessada (art. 6º, VI), a fim de inibir o distanciamento entre pai e filho e, por conseguinte, o deslocamento da competência (2015, p. 548).

Dentre as medidas judiciais para combater a alienação parental as mesmas devem ser tomadas pelo genitor alienado no começo das condutas alienantes, a fim de que possam ser adotadas as respectivas sanções e seja prevenida a alienação parental (MONTEIRO; SILVA, 2016).

3.2 Das Diferentes Condutas de Alienação Parental

A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, apresenta variadas condutas caracterizadas como alienação parental, não sendo um rol taxativo, e estendeu os efeitos desta a outros membros familiares, como os avós. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirmou que:

A lei em apreço deixou claro o que caracteriza a alienação parental, transcrevendo uma série de condutas que se enquadram na referida síndrome, sem todavia, considerar taxativo o rol apresentado. Faculta, assim, o reconhecimento, igualmente, dos atos assim considerados pelo magistrado ou constatados pela perícia. Estendeu ela os seus efeitos não apenas aos pais, mas também aos avós e quaisquer outras pessoas que tenham a guarda ou vigilância (guarda momentânea) do incapaz. Esclareceu, também, como o Judiciário pode agir para reverter a situação (2018, p.297).

Em certos casos, a conduta alienante é promovida por ambos os pais, tornando-se virtualmente impossível a resolução ou minoração de seus efeitos. Nestas situações as crianças tendem a adquirir transtornos psicológicos gravíssimos, sendo ineficazes as ferramentas apresentadas pelo direito. Por conseguinte, visando resguardar o sadio desenvolvimento do menor, a medida adequada a ser adotada é o tratamento dos genitores (FREITAS, 2015).

O Art. 2º, parágrafo único, incisos I ao VII, da lei mencionada apresenta as formas exemplificativas de alienação parental, identificadas pelo juiz ou constatadas por perícia, praticadas por qualquer dos guardiões ou com auxílio de terceiros:

Art. 2º - [...]

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.

O objetivo do legislador ao elencar este rol de situações caracterizadas como alienação parental é proporcionar segurança ao juiz para reprimir essas práticas de forma imediata. Neste sentido, ao verificar uma destas condutas, o magistrado não precisa esperar a realização de perícia e arriscar a eficácia de sua decisão. Haverá investigação mais profunda acerca do distúrbio somente em casos com maior complexidade (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Diante de indícios da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o magistrado poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial, se houver necessidade. A esse respeito, prevê o Art. 5º, § 1º da Lei nº 12.318/ 2010:

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

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive,

entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

Conforme § 2º e 3º do referido artigo, a avaliação pericial será feita por equipe multidisciplinar ou profissional habilitados, que possuam aptidão comprovada por título acadêmico ou profissional. Haverá o prazo de 90 (noventa) dias para apresentar o respectivo laudo acerca da constatação da alienação parental, prorrogável exclusivamente por autorização judicial (BRASIL, 2010).

As falsas memórias são uma das formas de manipulação do menor, de modo que o genitor alienante passa a convencê-lo da existência de fatos que nunca ocorreram, visando denegrir a imagem do genitor alienado. O infante dificilmente vislumbra que está sendo manipulado e passa a acreditar nas inverdades. Com o tempo, ao repetir incessantes vezes situações não ocorridas, o próprio genitor alienante passa a não distinguir a mentira da verdade (DIAS, 2015).

Em relação ao ato de mudança de domicílio do menor para local distante, visando dificultar a convivência com o outro genitor, possui importância a Lei nº13.058, de 22 de dezembro de 2014, que dentre suas disposições alterou o inciso V do artigo 1.634 do Código Civil de 2002. O referido dispositivo passou a estabelecer que compete a ambos os pais conceder ou negar consentimento em relação à mudança permanente dos filhos menores para outra cidade (MONTEIRO; SILVA, 2016).

Dentre os atos de alienação parental destaca-se a falsa denúncia de abuso sexual, relacionada às falsas memórias. Quando essa informação é levada ao poder judiciário, o magistrado tem o dever de adotar as providências cabíveis a fim de verificar sua ocorrência, visando resguardar a integridade do infante. Contudo, caso seja uma denúncia inverídica, a criança enfrentará uma situação traumática, porque terá de passar por várias avaliações e entrevistas e ficará privada de manter contato com o genitor que não lhe causou nenhum mal (DIAS, 2015).

Conforme dispõe o Art. 7º da Lei nº 12.318/ 2010, será modificada ou atribuída a guarda, preferencialmente, ao genitor que viabiliza a convivência do

menor com o outro genitor, nos casos em que seja inaplicável a guarda compartilhada. O Art. 8º do mesmo diploma legal prevê a irrelevância da alteração do domicílio do infante para determinação da competência associada às demandas fundadas em direito de convivência familiar, exceto se advinda de decisão judicial ou acordo dos genitores (BRASIL, 2010).

Para a caracterização da alienação parental não é necessário a consciência de quem a promove. As causas da conduta alienante do genitor podem ser o sentimento de frustração, egoísmo, ressentimento, dentre outros. A esse propósito afirmou Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis:

Diversas podem ser as causas para que o alienador promova a alienação parental. Há que se mencionar que independe para a sua configuração a necessária consciência por parte de quem a promove, ou seja, o alienador pode promover essa campanha contra o alienado sem que tenha a real percepção da sua dimensão e consequências, como por motivos de rejeição, inconformismo, frustração, egoísmo, servindo como forma de punição ao alienado pelo insucesso de uma relação pessoal (2014, p. 49).

Pode ser pleiteada em juízo a realização de terapia compulsória aos pais para tratar os distúrbios motivadores da conduta alienante, com intuito de proporcionar uma família mais equilibrada e saudável. O objetivo não é reatar a união conjugal dos pais, porém a conscientização destes para que não deixem de arcar com os deveres inerentes à autoridade parental. O infante não deve ser considerado o culpado do fim do relacionamento dos genitores (FREITAS, 2015).

Conforme Art. 3º da Lei nº 12.318/ 2010, as condutas de alienação parental violam o direito fundamental de convivência familiar da criança ou do adolescente, prejudicando os vínculos afetivos com o genitor alienado. Trata-se de garantia prevista no Art. 226 da Constituição Federal de 1988. Foram implantadas diretrizes buscando priorizar a família natural e também a família extensa, devendo ser observado o princípio do melhor interesse da criança (PEREIRA, 2018).

A criança submetida a atos de alienação parental tem seu sadio desenvolvimento em risco. Os impactos sobre o infante são diversos, podendo ostentar diversos problemas psicológicos como ansiedade, pânico e depressão e demonstrar tendência a atitudes violentas e criminosas. A predisposição a cometer

suicídio é outro fator frequente. Ademais, ao atingir a idade adulta, pode apresentar remorso por ter desprezado um genitor ou parente, enfrentando desvio comportamental e dificuldades para estabelecer relações sociais (DIAS, 2015).

3.3 Efeitos

A Lei nº 12.318/ 2010, que regulamenta a alienação parental, possui mais um caráter educativo, visando conscientizar os pais. A esse propósito, Carlos Roberto Gonçalves destacou um julgado que demonstra as graves consequências da alienação parental:

[...] a 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, manteve a suspensão de visitas ao pai que praticara alienação parental. Decidiu-se que o pai da criança necessitava de tratamento psicológico antes de voltar a ter permissão para as visitas. Consta do processo que a mãe, ao buscar o filho na creche, teve a criança tirada de seus braços pelo pai, de forma violenta, e, depois disso, ficou durante cinco anos sem ter informações do paradeiro do menor. Durante esse período, o pai passou a criança conceitos distorcidos sobre a figura materna, para obter exclusividade de seu afeto, com rejeição da mãe e a manutenção do seu paradeiro em segredo (2018, p. 299).

As sanções aplicadas em casos de alienação parental estão elencadas na Lei nº 12.318/2010, sendo desde a advertência ao alienador, fixação de multa, ampliação do regime de convivência com o genitor alienado, a intervenção psicológica monitorada, alteração da guarda, até a perda ou suspensão do poder familiar (MONTEIRO; SILVA, 2016).

Sendo identificado um dos atos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência do menor com o genitor, em ação autônoma ou incidental, o magistrado poderá, cumulativamente ou não, adotar as medidas adequadas dentre as previstas nos incisos I ao VII, do Art. 6º, da Lei nº 12.318/2010:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Conforme parágrafo único, do Art. 6º, do referido diploma legal, identificada mudança abusiva de endereço do menor, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o magistrado poderá inverter o ônus de levar para ou retirar o infante da residência do genitor, nas situações de alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010).

O mencionado dispositivo legal apresenta um rol exemplificativo, possibilitando ao magistrado a utilização de outros instrumentos processuais para impedir ou atenuar os efeitos da conduta alienante. Constatada a necessidade de uma tutela de urgência e ouvido o Ministério Público, o Juiz adotará as medidas adequadas para reaproximação do infante com o genitor alienante, com acompanhamento por equipe interdisciplinar (PEREIRA, 2018).

O juiz tem a seu dispor muitas possibilidades de sanções a serem aplicadas, devendo existir uma relação de proporcionalidade entre a medida a ser adotada e a gravidade do caso concreto. O objetivo central do legislador é priorizar a permanência do infante sob a custódia do genitor que favoreça a convivência daquele com o outro ascendente (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

A equipe interdisciplinar, responsável pelo acompanhamento psicossocial dos sujeitos, possui papel essencial na identificação de possíveis soluções em caso de alienação parental. Deve ser observado que o próprio alienador apresenta distúrbios que devem receber cuidados especiais, priorizando à restauração do direito de convivência familiar do infante. Assim, é de suma importância a adoção de meios para resguardar os vínculos afetivos entre a criança e seus pais (PEREIRA, 2018).

O menor, vítima da alienação parental, em muitos casos apresenta predisposição a cometer suicídio. Além disto, pode ostentar diversos problemas

psicológicos como ansiedade, pânico e depressão. Outro fator é a baixa autoestima, podendo ter reflexos na fase adulta referente à dificuldade em estabelecer relações sociais (MONTEIRO; SILVA, 2016).

Sob o fundamento de que a Constituição Federal de 1988 considera a convivência familiar um direito indisponível do menor, foi vetado pelo Presidente da República o Art. 9º da Lei nº 12.318/2010, que possibilitava a mediação extrajudicial em situações de alienação parental. Por conseguinte, o atual regramento jurídico não permite qualquer forma de negociação extrajudicial envolvendo o mencionado distúrbio (GONÇALVES, 2018).

Em uma análise civil-constitucional, as razões deste veto mostram-se inadequadas, pois a mediação reflete a importância da autonomia privada. A necessidade de o homem ser livre e sua evolução estão associadas à resolução de conflitos por meio da mediação. Esta forma de negociação visa obter a paz social, que é consequência do diálogo entre os sujeitos e da disposição de cooperação mútua e compreensão (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Recebeu veto presidencial o Art. 10 da Lei nº 12.318/2010, que previa pena de detenção ao familiar que fizesse falso relato à autoridade judicial ou ao integrante do conselho tutelar apto a limitar a convivência do infante com o outro genitor. A esse respeito aduziu Carlos Roberto Gonçalves:

Também o art. 10 da mencionada lei, que previa pena de detenção de seis meses a dois anos para o parente que apresentasse relato falso a uma autoridade judicial ou membro do conselho tutelar que pudesse 'ensejar restrição à convivência da criança com o genitor', recebeu veto presidencial, sob o argumento de que a aplicação da pena traria prejuízos à própria criança ou adolescente e que a inversão da guarda ou suspensão da autoridade parental já são punições suficientes (2018, p. 299).

Vem sendo reconhecida pela doutrina a autoalienação parental, no caso de o genitor não guardião criar uma relação de afastamento do filho, restringindo seu convívio com este, com o objetivo de atingir o outro genitor. O genitor autoalienador usa diversas estratégias, como chantagem emocional e imposição de regras excessivas aos filhos, para posteriormente atribuir este distanciamento ao outro genitor (PEREIRA, 2018).

As medidas colocadas a disposição do magistrado para coibir a alienação parental visam atender o melhor interesse da criança. Não mais verificada a ocorrência do distúrbio, o juiz poderá findar a restrição aplicada. Assim, é importante que a prova pericial produzida indique o meio mais adequado para sanar os efeitos causados sobre a criança, porque esta sofre os maiores impactos da referida síndrome (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014).

3.4 Influência da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada mostra-se como um possível meio de prevenção da alienação parental. Nesta modalidade de guarda, os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos, que tomam em conjunto decisões referentes à criação e educação dos menores. O compartilhamento da guarda atinge o genitor alienador em relação ao sentimento de posse/propriedade sobre o infante. O ato de compartilhar para aquele é um profundo golpe, porque o filho deixa de ser “meu” para ser “nosso” (FREITAS, 2015).

A guarda compartilhada mostra-se ainda como forma de prevenção de simples condutas visando obstar a convivência da criança com o genitor que não configurem atos de alienação parental. A esse respeito, Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis afirmaram o seguinte:

Observou, também, o legislador que podem ocorrer simplesmente condutas que dificultem a convivência do menor com o genitor, ou seja, a existência de embaraços para o seu desenvolvimento, que talvez não se coadunem com atos de alienação parental, como se houvesse uma gradação estabelecida, na qual a alienação parental seria a forma mais grave e, de forma anterior a esta, apenas a existência de empecilhos concretos para a realização do direito convivência (2014, p.74).

Percebe-se que a guarda compartilhada é um modo de preservar os vínculos afetivos entre os filhos e seus genitores e proteger a integridade física e psicológica do menor, sendo bastante relevante na formação psicossocial deste. Contudo, esta forma de guarda somente pode ser atribuída se houver compreensão e disposição dos pais. É preciso ainda, pais conscientes e juízes e conciliadores atentos às peculiaridades de cada caso concreto (VENOSA, 2015).

CONCLUSÃO

Com a realização do presente trabalho monográfico foi possível perceber que devido às mudanças e os problemas vivenciados pelas famílias no decorrer da história adveio a necessidade de criação de novos institutos jurídicos. Nestas circunstâncias, surgiram diversas indagações acerca de meios aptos a solucionar ou reduzir os efeitos negativos da alienação parental.

Com a constituição de uma família e o nascimento dos filhos surge o dever de cria-los e educa-los, sendo uma característica natural do ser humano. Neste sentido, a Filiação refere-se ao vínculo existente entre um indivíduo e aqueles que o geraram ou o receberam como se o tivesse gerado. Desta relação advém o Poder Familiar, consistente no conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em face da pessoa e dos bens dos filhos menores, extinguindo-se pela morte, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial.

Diante da necessidade de promover proteção aos interesses do menor, o Estado brasileiro editou uma lei específica a fim de tutelar os direitos do infante, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O mencionado Estatuto em seu artigo 1º adotou expressamente a doutrina da proteção integral, sendo baseada na interpretação de dispositivos constitucionais.

Diante do fim do vínculo conjugal é necessário que se estabeleça com quem permanecerá a guarda dos filhos menores, sendo adotado como principal critério a vontade dos genitores. No decorrer deste trabalho foram abordadas as

diferentes modalidades de guarda presentes no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando as suas principais características e a importância da guarda compartilhada, atribuída como regra na legislação pátria.

A guarda compartilhada corresponde à responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam na mesma residência, referentes ao poder familiar dos filhos comuns. Esta modalidade de guarda prioriza o interesse do menor, haja vista que resguarda o direito à convivência familiar com os dois genitores.

Após o rompimento do vínculo conjugal é comum que um dos genitores, movido pelas mágoas, ressentimentos e conflitos pessoais decorrentes do término do relacionamento, busque afastar o ex-cônjuge da vida do filho menor, denegrindo sua imagem e prejudicando as relações afetivas entre ambos.

Nestas circunstâncias surge a alienação parental, consistente em qualquer interferência na formação psicológica do infante promovida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham o infante sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este. No ordenamento jurídico brasileiro, a síndrome da alienação parental foi regulamentada pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

A alienação parental pode gerar diversos problemas psicológicos ao infante como ansiedade, pânico e depressão e predisposição a cometer suicídio. A baixa autoestima é outro fator frequente. Ademais, ao atingir a idade adulta, pode apresentar remorso por ter desprezado um genitor ou parente, enfrentando desvio comportamental e dificuldades para estabelecer relações sociais.

Observa-se pelo exposto, que a guarda compartilhada é um meio eficaz de prevenir e amenizar os efeitos da alienação parental, pois atinge o genitor alienador em relação ao sentimento de propriedade sobre o menor. Além disto, esta modalidade de guarda não associa-se ao convívio por períodos repartidos com cada um dos genitores, mas à igualdade de responsabilidades dos pais em relação ao infante, preservando os vínculos afetivos e coibindo a prática da alienação parental .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 06 jun. 2018

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 03 set. 2018

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm > Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 (Lei da alienação parental)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm > Acesso em: 24 out. 2018

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ISHIDA, VálterKenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 43ªed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990: Comentado artigo por artigo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALENTE, Rubem. **Direito Civil Facilitado**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.