



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALICE SOARES DA SILVA

**O INSTITUTO DA GUARDA COMO PARÂMETRO DE ALIENAÇÃO
PARENTAL: solidificação e rompimento da Alienação Parental por meio das
espécies de guarda no seio do judiciário**

SANTA RITA

2018

ALICE SOARES DA SILVA

O INSTITUTO DA GUARDA COMO PARÂMETRO DE ALIENAÇÃO PARENTAL:
solidificação e rompimento da Alienação Parental por meio das espécies de guarda no seio do
judiciário

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Bacharelado em Direito, do Centro
de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal
da Paraíba, como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas.

Orientadora: Dra. Manuela Braga Fernandes

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S586i Silva, Alice Soares da.

O INSTITUTO DA GUARDA COMO PARÂMETRO DE ALIENAÇÃO PARENTAL: solidificação de rompimento da Alienação Parental por meio das espécies de Guarda no seio do judiciário / Alice Soares da Silva. - João Pessoa, 2018.

74 f.

Orientação: MANUELA BRAGA FERNANDES.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. GUARDA. 2. ALIENAÇÃO PARENTAL. 3. JUDICIÁRIO. 4. ESTUDO PSICOSSOCIAL. I. FERNANDES, MANUELA BRAGA. II. Título.

UFPB/BC

ALICE SOARES DA SILVA

O INSTITUTO DA GUARDA COMO PARÂMETRO DE ALIENAÇÃO PARENTAL: solidificação e rompimento da Alienação Parental por meio das espécies de guarda no seio do judiciário

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Aprovada em: 23 de maio de 2018

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Manuela Braga Fernandes
(Orientadora – UFPB)

Dra. Adriana dos Santos Ormond
(Professor Avaliador 1)

Dr. Nelson Gomes de Sant Ana e Silva Júnior
(Professor Avaliador 2)

SANTA RITA

2018

Dedico este trabalho ao meu amado pai,
professor e poeta Herculano Paulino da Silva
(*in memoriam*), que sempre me incentivou a
trilhar os caminhos do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me concedido saúde, força e sabedoria para superar as dificuldades.

Agradeço aos meus familiares, em especial a minha querida mãe Helena Soares da Silva, que nos momentos mais difíceis sempre esteve ao meu lado. A meu filho Alysson Gabriel Soares Fernandes, que ainda tão pequenino, compreendeu minha ausência. As minhas irmãs, Heloísa Soares da Silva e Hozana Soares Macena, que sempre torceram por esta conquista. À minha querida sogra-mãe Lílian Fernandes dos Santos e meu sogro-pai José Valdemir dos Santos, que sempre me apoiaram e me acolheram com tanto amor. A meu esposo Anderson José Fernandes dos Santos, que sempre acreditou em mim.

Agradeço à minha orientadora Dra. Manuela Braga Fernandes, pelo suporte, por suas orientações, correções e incentivos.

Agradeço à Defensora Pública, Dra. Maria de Fátima de Sousa Dantas, pelos dois anos de aprendizado como sua estagiária, a quem devo meu conhecimento e paixão pelo Direito de Família.

Agradeço as minhas queridas amigas: Marinalva de Vasconcelos e Josicleide Santos, por terem me apoiado e incentivado a ir sempre mais além.

Agradeço à meu amigo Lamec Enos, por seu companheirismo e apoio fundamental em minha aprovação no XXIII Exame de Ordem - OAB.

Agradeço aos meus companheiros da CPL-PMBEX, pela compreensão e todo apoio ofertado.

Agradeço aos colegas e amigos de sala, que foram imprescindíveis no decorrer desta caminhada, e em especial aos amigos do grupo “a direção”, no qual demonstraram que em graduações conseguimos fazer verdadeiros amigos.

Ao Campus de Direito da Universidade Federal da Paraíba em Santa Rita, seu corpo docente, direção, administração e apoio, pela dedicação e empenho junto aos seus discentes.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

Alienar uma criança é matar, desestruturar. Covardia não esquecida. Ignorância pura e sabida, que geram traumas, que podem durar por toda uma vida. Até a criança crescer, tornar-se adulta e entender que o errado do "seu ser" era mero reflexo do ser que não foi o que deveria ser.

Claudia Berlezi

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objeto de estudo o Instituto da Guarda como instrumento de rompimento e solidificação da prática de Alienação Parental no seio do judiciário. Tem como objetivo geral a análise da relação entre o instituto da guarda com a alienação parental e a atuação do poder judiciário, como preventor e protetor da criança e do adolescente. Como objetivos específicos pretende-se analisar sobre de que forma a guarda pode se tornar um parâmetro de favorecimento a prática de alienação parental, e fazer análise crítica de decisões judiciais acerca das demandas que envolvem disputa de guarda e prática de alienação, ressaltando a importância da preservação do poder familiar, a luz do superior interesse da criança e do adolescente. O estudo será conduzido através do método de procedimento que irá abordar um estudo descritivo, qualitativo, bibliográfico, documental e dedutivo, analisando a atuação do poder judiciário diante das ações que envolvem a guarda da criança e do adolescente, e confirmar o que os dados documentais nos apontam, sobre a guarda poder se tornar um instrumento de rompimento e de solidificação da alienação parental, sendo necessário a preparação do judiciário, que com sua atuação em conjunto com uma equipe multidisciplinar, composta por profissionais que auxiliem na realização de estudo psicossocial, possam utilizar tal instituto como instrumento de ruptura da prática da Alienação parental.

Palavras-chave: Guarda. Alienação Parental. Judiciário. Estudo Psicossocial.

ABSTRACT

This paper's object of study is the legal child custody as an instrument for rupture or reinforcement of parental alienation. The general goal to analyze the relation between custody and parental alienation and the Judiciary's role in preventing it and protecting children from it. The specific goal to analyze how the legal custody can lead to parental alienation, taking a critical look at judicial decisions involving custody dispute and parental alienation, and highlighting the importance of avoiding judicial power destitution, under the Child Protection and Best Interests Principle. The study was conducted based on the descriptive, qualitative, bibliographic, documentary and deductive method, analyzing the Judiciary's actuation on cases that nullify child custody, and confirming what the data shows: that custody can become an instrument for rupture or reinforcement of parental alienation, making it necessary to provide information and training to judicial officers, as well as support of a multidisciplinary team composed by professionals to provide psychosocial studies that can be used as a tool to reduce the practices of parental alienation.

Keywords: Custody. Parental Alienation. Judiciary. Psychosocial Study.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ANÁLISE JURÍDICA DO PODER FAMILIAR E O INSTITUTO DA GUARDA NO BRASIL	13
2.1 Visão Histórica do Poder Familiar	13
2.1.1 Conceito de Poder Familiar	16
2.1.2 Considerações Jurídicas Acerca do Poder Familiar	17
2.1.3 Suspensão, Perda e Extinção do Poder Familiar	22
2.1.3.1 Suspensão e Modificação do Poder Familiar	22
2.1.3.2 Perda e Extinção do Poder Familiar	24
2.2 Visão Histórica e Evolução da Guarda no Brasil	26
2.2.1 Conceito de Guarda	30
2.2.2 Características Gerais e Jurídicas	32
2.2.3 Guarda Monoparental	34
2.2.4 Guarda Unilateral	34
2.2.5 Guarda Alternada	36
2.2.6 Guarda Compartilhada	36
3 A ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS	39
3.1 Fundamento Sócio-Histórico da Alienação Parental	39
3.2 Conceito da Alienação Parental	41
3.3. Diferença entre Síndrome e Prática da Alienação Parental	42
3.4 Características e Critérios de Identificação da Alienação Parental	44
3.5 Situações Facilitadoras à Prática de Alienação Parental e sua Prevenção	47
3.6 Efeitos da Alienação Parental	49
3.7 Tipificação da Alienação Parental no Brasil: Lei 12.318/2010	50

3.8 Consequências Jurídicas da Alienação Parental.....	51
4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO COMBATE A ALIENAÇÃO PARENTAL NA ESTIPULAÇÃO DA GUARDA.....	54
4.1 Solidificação e Rompimento da Alienação Parental por meio das Espécies de Guarda.....	54
4.2 A Atuação do Juiz nas Ações que Versam Sobre Guarda.....	60
4.3 Importancia da Equipe Multidisciplinar na Vara de Família: análise e acompanhamento psicossocial	63
4.4 Resolução de Litígios que Envolvem a Guarda: análise jurisprudencial	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

Nos dias de atuais, com a evolução do conceito de família, bem como com a desburocratização dos rompimentos matrimoniais, tornou-se mais evidente a preocupação do Estado com os menores envolvidos nestas relações familiares.

Baseado no superior interesse da criança e do adolescente, fez-se necessário o Estado criar maneiras de encaixar as crianças e adolescentes de forma segura e minimamente invasiva em um novo estado familiar, objetivando sempre um convívio saudável, independente da ruptura de relacionamento entre cônjuges, parentes e demais pessoas que possuam autoridade sobre os mesmos.

Para protegê-los, o Estado, que também possui este dever, conforme preconiza o art. 227 da CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil), atua estabelecendo as espécies legais de Guarda, face à necessidade da criação de um instituto voltado a regulamentação da situação dos filhos, diante da dissolução conjugal dos pais.

O Instituto da Guarda é então, fruto da intervenção estatal, criado por lei, para definir juridicamente o destino dos filhos, bem como para determinar os direitos e deveres dos genitores, diante do novo estado familiar.

Por sua importância e consequência fática, a guarda torna-se um grande instrumento de represália a ser utilizada por um genitor ou demais parentes que detenham a guarda dos menores, em face do outro genitor, desviando-se totalmente sua natureza protetiva, configurando assim, a prática da alienação parental por meio da guarda.

A denominação “Alienação Parental” (Parental Alienation), que significa “criar antipatia paterna”, foi à expressão dada pelo americano Richard Gardner, no ano de 1985.

Segundo Gonçalves (2015), Gardner foi quem primeiro utilizou esta expressão, em um tribunal norte americano, onde se discutia a guarda dos filhos, após a constatação de que os pais, insatisfeitos e revoltosos, induziam os filhos a romperem os laços afetivos com o outro cônjuge, como forma de punição e vingança pelo fim do relacionamento.

Apesar de já possuir lei específica, a alienação parental ainda é pouco explorada pelo judiciário, que dificilmente atua nestes casos de forma preventiva, agindo apenas repressivamente quando acionado para tal. Como consequência, as ações que envolvem a disputa ou regulamentação de guarda são cada vez mais frequentes no ordenamento jurídico brasileiro e em sua maioria há indícios e questionamentos acerca da prática de alienação parental.

Isto porque, as espécies de guarda, nem sempre são implantadas de forma correta pelos juízes, que devem analisar cada caso concreto com apoio de estudo e acompanhamento psicossocial, para que à luz das informações obtidas, possam interferir de forma positiva e conveniente a cada caso, observando as suas particularidades, utilizando o instituto da guarda como instrumento protetivo contra a prática da alienação parental.

Como forma de proteção à criança e ao adolescente, o Código Civil pátrio de 2002 estabelece a Guarda Compartilhada como sendo a primeira opção a ser considerada durante a escolha da guarda, por apresentar características favoráveis à convivência dos filhos com ambos os pais, permitindo que estes atuem na vida dos filhos de forma simultânea e igualitária.

Todavia, o número de implantação de guarda unilateral ainda é muito superior ao da guarda compartilhada¹, que comparado ao crescente número de ações que versam sobre a prática de alienação parental no seio do judiciário, torna-se necessário analisar a ligação existente entre elas.

Esta análise é de suma importância para a sociedade, bem como para o meio jurídico acadêmico, onde é formado o alicerce da base de conhecimento utilizado no judiciário.

Será demonstrado de que forma o instituto da guarda pode se transformar em instrumento de ruptura ou de solidificação da prática da alienação parental, e assim, se possa através do presente trabalho, esclarecer sobre como a guarda pode se transformar em algo prejudicial à criança e ao adolescente, e de que forma o judiciário deve atuar para que de fato, a guarda atinja a finalidade para a qual fora criada.

O presente trabalho é de cunho descritivo, qualitativo, bibliográfico, documental e dedutivo, com análise da atuação do poder judiciário diante das ações que envolvem a guarda da criança e do adolescente.

Pretende-se confirmar o que os dados documentais nos apontam, sobre a relação entre o crescente número de casos que envolvem Alienação Parental e as espécies de Guarda, que por sua vez, atuam como rompedoras e solidificadoras de tais práticas, tomando como pressuposto a Guarda como um dos parâmetros da alienação parental.

¹ BRASIL. IBGE. **Estatística do registro Civil**, Disponível em:<<https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/5936#resultado>>. 2016. Acesso em 08 mai. 2018. A guarda unilateral no brasil, aplicada no ano de 2016 foi de 78,59%, enquanto que a Guarda Compartilhada foi de 17,50%.

2 ANÁLISE JURÍDICA DO PODER FAMILIAR E O INSTITUTO DA GUARDA NO BRASIL

Neste capítulo será abordado as diversas vertentes que o Poder Familiar e o Instituto da Guarda podem se manifestar na ordem jurídica brasileira.

Mister de faz tal análise, posto que há um elo entre estes dois temas, tendo em vista que o Poder Familiar é a estrutura da figura da Guarda, uma vez que esta decorre do próprio Poder Familiar.

Portanto, para que se possa abordar o tema deste trabalho, é necessário partir dos primórdios do surgimento do Instituto da Guarda e sua evolução na história.

Deste modo, o presente capítulo iniciará discorrendo sobre o Poder Familiar e em seguida sobre o Instituto da Guarda, sob a ótica histórica evolutiva, no âmbito jurídico do Brasil.

2.1 Visão Histórica do Poder Familiar

É importante atentar sobre as relações familiares, como era exercido o poder familiar no tocante ao direito e dever de guarda dos menores no Código Civil de 1916, para que assim se compreenda o sentido normativo do instituto da Guarda na sociedade atual.

Assim, é possível entender a conjuntura voltada para a proteção integral das crianças e adolescentes inseridos nestas relações, tendo em vista que os valores e costumes sociais sofrem constante modificação, o que atinge diretamente as crianças e jovens, na medida em que ao alterar os valores familiares há também a modificação na vida destes.

O Poder Familiar no Código Civil de 1916 era exercido pelo homem, a figura paterna, considerado o chefe da família, o qual era administrador da sociedade conjugal, cabendo a si a guarda e controle de sua família. (COMEL, 2003)

Todavia, com o advento do Estatuto da Mulher Casada, instituído pela Lei nº 4.121/62, tal poder, embora continuasse a ser exercido pelo homem, também poderia ser exercido pela mulher, entretanto, de forma subsidiária, como mera colaboradora, só podendo atuar de forma autônoma quando o chefe da família se ausentasse, sendo assim, a priori, uma mera coadjuvante e em casos excepcionais sua sucessora, conforme explicita Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 atribuía ao marido a pátria potestas. Predominava, no regime por ele instituído, o conceito de chefia da família. Só na falta ou impedimento do chefe da sociedade conjugal passava o pátrio poder a ser exercido pela mulher. O seu exercício não era, portanto, simultâneo, mas sucessivo [...] (GONÇALVES, 2015, p. 423)

Deste modo, a mulher em sua figura materna, passou a auxiliar o cônjuge varão nas decisões sobre a educação e cuidados com os filhos, bem como na administração de seus bens, sendo este, um progressivo início à concessão de direitos iguais a ambos os cônjuges, no que tange ao pátrio poder e mais especificamente ao direito de guarda dos filhos menores, conforme entendimento de Denise Damo Comel:

Resgatando as críticas que se faziam em relação à condição da mulher no casamento, em crescente brado doutrinário, surgiu, então, um outro sistema: atribuição da titularidade a ambos os pais, mas com o exercício conferido ao homem, com a colaboração da mulher. Ainda fazendo parte desse sistema, o reconhecimento da prevalência da vontade paterna na divergência, a faculdade da mãe de recorrer à justiça relativamente à decisão paterna e a previsão de que a mãe somente tem o exercício exclusivo do pátrio poder na falta ou impedimento do pai. (COMEL, 2003, p. 28)

Pois bem, se de um lado a figura paterna era considerada o chefe da família, detentor do poder de decisão, e portanto, a autoridade a quem pertencia os direitos e deveres inerentes a criação dos filhos e administração dos bens, por outro lado, a mulher era tida como uma figura auxiliar, que só poderia exercer o pátrio poder na ausência do homem ou em seu impedimento, caso se tornasse viúva ou por decisão judicial. (GONÇALVES, 2015)

Em caso de viuvez, a mulher não poderia contrair novas núpcias se desejasse manter o poder familiar, o que se caso ocorresse, a mesma só retomaria esse poder após novamente tornar-se viúva.

Note-se que a figura da Guarda era algo pouco questionável e acessível, já que a genitora atuava como sucessora, havendo poucas chances de obter a guarda dos filhos menores em caso de rompimento conjugal e com a celebração de novas núpcias, conforme aduz Maria Berenice Dias:

Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder [...]. (DIAS, 2015, p. 378)

No decorrer dos anos, com as conquistas e imposição da mulher na sociedade, agora não mais vista como uma figura dependente e submissa ao homem, mas como pessoa detentora dos mesmos direitos e deveres, refletiu-se sobremaneira diretamente na relação familiar, uma vez que a Constituição de 1988, trouxe uma série de mudanças no tocante a igualdade de gênero, tema este diretamente ligado ao objeto deste trabalho, uma vez que fora a partir das conquistas advindas com a nova Constituição, que ambos os cônjuges passaram a ter os mesmos direitos de poder familiar, em específico na criação dos filhos, com os mesmos direitos de guarda das crianças e adolescentes. Senão vejamos o que aduz a CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

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

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher [...]. (BRASIL, 1988)

E assim, além da conquista de igualdade entre homens e mulheres trazida com a Constituição de 1988, tivemos ainda uma série de mudanças no conceito de família, decorrentes de uma nova interpretação pelo fenômeno que chamamos de “mutação constitucional”, que dá nova interpretação em determinadas matérias contidas nos artigos da CRFB/1988, sem alterar seu texto, que de fato ocorrera no entendimento de que a família não é aquela composta apenas pela união do homem e da mulher, podendo ser considerada família a união de pessoas do mesmo sexo ou pessoas solteiras que adquirem a maternidade independente de união com pessoa de sexo oposto ou até do mesmo sexo. É justamente sobre este entendimento que Maria Berenice Dias, faz crítica por não haver uma lei clara que descreva os novos modelos familiares, senão vejamos:

Falando em desrespeito à Constituição, injustificadamente a lei silenciou quanto às demais entidades familiares por ela tuteladas, explícita ou implicitamente. Nada diz, por exemplo, sobre famílias monoparentais e famílias homoparentais, entidades familiares que, constituídas com filhos sujeitos ao poder familiar, necessitam da atenção do legislador. (DIAS, 2015, p. 378)

Com isso, além do acentuado número de dissoluções matrimoniais, a ampliação do conceito de família, em suas mais variadas formas, geram fatores potencializadores da necessidade da proteção e cuidados aos menores envolvidos nestas relações, o que torna ainda mais importante a função do Instituto da Guarda, sendo assim um forte aliado na proteção a

integridade física e psíquica dos menores, através de sua correta implantação, quando tais vínculos conjugais se extinguem, sem rompem ou até mesmo se criam.

Destarte, com a evolução do conceito de família, contido implicitamente na CRFB/1988, e diante das várias situações familiares nas quais nos deparamos, não devemos explanar sobre o instituto da guarda, referindo-nos apenas a família composta por “pai, mãe e filhos”, uma vez que com a abrangência do conceito de família, outros parentes também podem exercer a guarda dos menores, mostrando assim que nem sempre as famílias são compostas pelos genitores, mas por parentes, naturais ou não, que exerçam autoridade sobre os menores inseridos nos mais diversos tipos de famílias existentes, tema este que abarcaremos com mais profundidade ao tratarmos especificamente sobre a perda, suspensão e extinção do poder familiar, em que apresentaremos as situações de modificação de poder familiar e conseqüentemente da guarda.

2.1.1 Conceito de Poder Familiar

O Poder Familiar, antes intitulado de “Pátrio Poder”, no Código Civil de 1916², é o poder existente dentro ou fora da convivência familiar, atribuído aos pais, que carregam em si o direito e o dever de prezar pelos cuidados de seus filhos menores não emancipados, na ordem pessoal e patrimonial, realizando todos os atos necessários a criação e o bom desenvolvimento destes na sociedade, conforme citação de Denise Damo Comel:

Pátrio Poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e a mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar. (COMEL, 2003, p. 53)

Apesar dessa mudança na nomenclatura ser bem mais preferível que a expressão “Pátrio Poder”, para alguns doutrinadores não é a mais apropriada, posto que a palavra “poder” nos remete a ideia de coação de ordem física e psíquica, sendo, portanto, uma visão retrógrada, já que o papel dos pais é o de suprir os interesses dos filhos menores sem utilizar a

² COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Pg. 53. Aduz Denise Damo Comel que a nomenclatura “Pátrio Poder” foi a princípio inserida na versão original do novo Código Civil de 2002, quando ainda estava em fase de revisão final, sendo substituída pela expressão “Poder Familiar”, devido iniciativa do doutrinador Miguel Reale, que se transformou em proposta aprovada pelo Senado, efetivando assim tal modificação.

coação como forma de exercício de poder, tal nomenclatura não traduziria o real exercício do instituto, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder. (GONÇALVES, 2015, p. 421)

Já na visão de Maria Berenice Dias:

Ainda que a expressão poder familiar tenha buscado atender à igualdade entre homem e a mulher, não agradou. Mantém-se ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. [...] O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um *múnus*, e talvez se devesse falar em função familiar ou em dever familiar. (DIAS, 2015, p. 377)

De acordo com Maria Berenice Dias (2015) a expressão mais viável, de acordo com as manifestações doutrinárias seria “Autoridade Parental”, posto que é a nomenclatura que mais traduz a profunda mudança no conceito deste exercício, uma vez que com o advento da CFRB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, dois anos após, passou a se tratar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, prezando por sua proteção integral, não mais sendo vistos como meros dominados.

2.1.2 Considerações Jurídicas Acerca do Poder Familiar

Com a evolução do conceito de família, bem como com a desburocratização dos rompimentos matrimoniais, tornou-se mais evidente a preocupação do Estado com os menores envolvidos nestas relações, uma vez que o Poder Familiar se constitui em *múnus público*, conforme explicita Carlos Roberto Gonçalves:

O aludido instituto constitui, como foi dito, um *múnus público*, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo estado. (GONÇALVES, 2015, p. 422)

Pode-se extrair deste entendimento que o poder familiar possui características que evidenciam a obrigatoriedade de zelar pelo bem estar das crianças e adolescentes, sendo este poder personalíssimo, por isso é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, só

podendo ser exercido a princípio pelos pais, a quem compete o dever de guarda e proteção, sendo estes, atributos do poder familiar, ou ainda, através da filiação legal (DIAS, 2015), que é adquirida mediante normatização jurídica, como nos casos de adoção e reprodução assistida.

Oportuno se faz, destacar ainda, a existência da filiação socioafetiva, que mesmo não sendo sanguínea ou legal é algo real e que já fora identificada, conforme preconiza o Art. 227, §6º da CRFB/88, que trata do princípio da igualdade entre os filhos. (SANTANA, 2016)

Destarte, esta regra comporta exceção em casos de colocação do menor em família substituta, a quem é delegado o poder familiar, cabendo a família substituta exercê-lo durante a fase de transição do menor em casos de sua inserção em nova família. (GONÇALVES, 2015)

Baseado no superior interesse da criança e do adolescente, fez-se necessário o Estado criar maneiras de encaixar esses menores de forma segura e minimamente invasiva nos mais variados modelos de família, objetivando sempre um convívio saudável, independente da ruptura de relacionamento entre cônjuges, parentes e demais pessoas que possuam autoridade sobre os menores, decorrentes ou não do poder familiar, conforme novamente a clara Carlos Roberto Gonçalves:

Embora o Código silencie quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas elas. Assim o poder familiar compete também aos que se identifiquem como pai ou mãe do menor, na família monoparental. (GONÇALVES, 2015, p. 424)

Ademais diante do histórico do Poder Familiar e a Guarda como sendo um dos seus atributos, é imprescindível que não os confundamos, pois a guarda pode ser exercida por apenas um dos cônjuges, mas, o poder familiar em regra será exercido pelos dois, tendo em mente que a extinção ou rompimento do casamento não acarreta a perda do poder familiar pelo cônjuge que não permanecer com os filhos de tenra idade ou adolescentes, isto porque o Poder Familiar não se extingue com a dissolução do casamento, o que pode ocorrer é sua limitação diante da fixação de determinada espécie de guarda, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica com um deles (CC, art. 1.632),[...]. O exercício por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente. (GONÇALVES, 2015, p. 424)

No mesmo entendimento, explicita Maria Berenice Dias:

Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando da separação ou do divórcio dos genitores, o que não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (CC 1.579). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. (DIAS, 2015, p. 377)

Este poder familiar é exercido em face dos filhos menores, conforme preceitua o artigo 1.630 do Código Civil Pátrio, prelecionando que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Entende-se por filhos menores, os que possuem até dezoito anos de idade incompletos (CC/02 Art. 5º e ECA Art. 2º), idade esta que o indivíduo já pode exercer todos os atos da vida civil autonomamente. Como a maioria das regras comportam exceção, com esta não seria diferente, uma vez que apenas os menores não emancipados estão sob o poder familiar.

A evolução social fez com que houvesse também a modificação no conteúdo do poder familiar, ou seja, as crianças e adolescentes não emancipados não são mais tidos como “objetos de direitos”, como outrora se fora pensado, destarte, são vistos hoje como “sujeitos de direitos”, porquanto são os titulares das obrigações assumidas naturalmente e juridicamente pelos pais e reguladas pelo Estado em favor de interesse dos filhos menores, isto posto, tal expressão não transmite significado condizente com a natureza do instituto, conforme preleciona Maria Berenice Dias:

De **objeto** de direito, o filho passou a **sujeito** de direito. Essa inversão ensejou a modificação do conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de **poder-função** ou **direito-dever**, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho. (DIAS, 2015, p. 377)

Com o advento do Estatuto da Criança e Adolescente, pela Lei N° 8069 de 13 de julho de 1990, fora dada nova interpretação ao Poder Familiar, uma vez que o referido *múnus público* deixou de ser visto apenas como uma obrigação exercida através do poder, passando a ser transmitida com vistas na proteção integral da criança e adolescente.

A CRFB/88 impõe a família os deveres também impostos a sociedade e ao Estado, uma vez que estes deveres são decorrentes das atribuições do poder familiar, previstos no Artigo 227 e 229:

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

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988)

Em semelhante redação, o ECA, em seu artigo 4º e 22º acompanha:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 22º Aos pais incube o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (SENADO, 2017)

No Código de Processo Civil de 2002, em seu Art. 1.634 o legislador também descreve as atribuições do poder familiar:

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: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2002)

Embora o Artigo acima exposto não mencione, cumpre destacar que somado a estes deveres está também a obrigação de prestar assistência afetiva, posto que as crianças e adolescentes não carecem apenas de cuidados físicos e psíquicos, as necessidades vão além

destas assistências, necessitando assim, o menor ser amparado afetivamente, conforme entendimento de Maria Berenice Dias:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar, e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim pela convivência familiar. (DIAS, 2015, p. 385)

Ademais, adentrando na esfera patrimonial dos menores não emancipados, a administração de seus bens também constitui obrigação decorrente do poder familiar, onde serão assistidos ou representados³ sempre que necessário, para a efetiva proteção de seus bens.

Segundo DIAS (2015), o Código Civil pátrio não descreve a forma de como os pais devam administrar e usufruir os bens dos menores, assim como também não prevê a prestação de contas da administração dos bens com os mesmos⁴, trazendo apenas a vedação a alienação e agravação de ônus real.

Sendo assim, aos pais incube o dever de decidir a melhor forma de gerir o patrimônio dos filhos, observando os princípios que devem ser respeitados, objetivando a proteção e o superior interesse destes, sob pena de suspensão do poder familiar, caso o genitor venha a arruinar os bens do filho. (DIAS, 2015)

Nem todos os bens dos filhos são passíveis de administração por parte dos pais, isto geralmente ocorre quando há o reconhecimento de filiação tardio, quando o menor possui bens anteriores ao reconhecimento, ficando assim estes bens excluídos da administração dos pais, bem como também os frutos percebidos, quando o menor estiver com idade superior aos 16 (dezesseis) anos, quando estes valores constituem bens reservados em favor dos menores, a serem administrados pelos próprios nos limites da lei, quando os mesmos poderão ser assistidos, e em caso de discordância com os pais quanto a administração de seus bens, os menores poderão ter curadores especiais para que possam auxiliá-los a dirimir tais colisões de interesses. (DIAS, 2015)

³ Os menores com idade de até 16 (dezesseis) anos são representados e os demais até os 18 (dezoito) anos são assistidos, conforme o Art. 1.634, inciso VII do Código Civil Pátrio de 2002.

⁴ Não necessitam prestar contas quanto a simples administração, todavia, caso haja a intenção de realizar venda, necessitarão de Autorização Judicial.

2.1.3 Suspensão, Perda e Extinção do Poder Familiar

Como o poder familiar, se constitui *múnus público*, cabe ao Estado, agir como fiscalizador do adimplemento dos encargos decorrentes deste poder, isto porque também é dever do estado, segundo o Art. 227 da CRFB/88, como já fora explanado, zelar pela proteção destes menores, criando e executando políticas públicas em prol do cumprimento de tais deveres, conforme enfatiza Denise Damo Comel:

Justifica-se, ainda, a intervenção do Estado, na nova concepção do poder familiar, considerado uma função social, um conjunto de poderes endereçados ao cumprimento dos deveres e obrigações que a lei impõe aos progenitores. Na qualidade de instituição básica da ordem social-familiar, é tido como instituto de ordem pública, pelo que não pode prescindir dos controles do Estado. (COMEL, 2003, p. 262)

Apesar deste encargo conferido aos genitores ser irrenunciável, indelegável e inalienável, está sujeito a fiscalização por parte do Estado, que ao constatar o desvirtuamento de tais obrigações age de forma protetiva e repressiva, suspendendo, retirando e extinguindo o poder familiar, se constatados fatos que ensejem na incompatibilidade do exercício por um ou ambos os pais, sendo uma ação muito mais protetiva para os filhos, que punitiva para os genitores. (COMEL, 2003)

2.1.3.1 Suspensão e Modificação do Poder Familiar

A suspensão do poder familiar, é segundo Maria Berenice Dias (2015), uma medida menos grave, sujeita a revisão, cabendo ao juiz de forma facultativa, decidir ou não pela aplicação desta sanção menos gravosa, que vai afastar o poder familiar do genitor sobre o filho, evitando ou suspendendo as ações ou omissões que estejam atingindo o menor de forma negativa, prejudicial.

A medida de suspender o poder familiar é justificada quando há abuso de autoridade de um ou ambos os pais, ao incorrerem no descumprimento dos deveres de zelo e proteção de ordem patrimonial e extrapatrimonial para com a pessoa dos filhos, conforme aduz o Art. 1.637 do CC/02:

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. (BRASIL, 2002)

Conforme entendimento de Denise Damo Comel (2003), na interpretação do referido artigo é possível identificar que uma série de outras medidas nestes casos podem ser tomadas, quando a expressão “até suspendendo o poder familiar”, transparece que a suspensão é uma medida máxima a ser tomada, sempre que o juiz achar cabível e necessário por isso em sua obra, intitulada de Poder Familiar, a Autora, ao tratar em tópico específico da suspensão do poder familiar também trata da modificação desse poder, como sendo outra medida a ser tomada, com base na leitura do artigo 1.637 do CC/02.

A suspensão do poder familiar é uma das sanções aplicadas aos pais em favor dos filhos, que gozam de proteção do Estado, como já fora explanado, e para a maioria dos doutrinadores, esta suspensão é temporária, pode ser aplicada no todo ou em parte de seus atributos, como forma de proteção a um único filho ou aos demais, de acordo com cada caso em específico, respeitadas as suas peculiaridades (COMEL, 2003), bem como preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

A suspensão é temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta a mãe, ou ao pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluindo apenas o exercício. A lei não estabelece o limite de tempo. Será aquele que, na visão do julgador, seja conveniente aos interesses do menor. (GONÇALVES, 2015, p. 424)

Esta sanção, segundo Denise Damo Comel, tem um caráter muito mais protetivo do que punitivo, isto porque a primazia do estado é de assegurar proteção a criança e adolescente em primeiro plano, e sua intenção em aplicar a suspensão é livrar o filho do poder familiar, no todo ou em parte, como já fora dito, e só então é pensado neste caráter punitivo, como forma de reprimir atitudes prejudiciais à criação dos filhos, conforme assevera Maria Berenice Dias:

O instituto não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a sua suspensão. (DIAS, 2015, p. 387)

As causas que podem acarretar a suspensão do poder familiar, segundo o Art. 1.637, estão ligadas ao abuso de autoridade, neste sentido, ao não corroborar para a efetivação dos direitos elencados no Art. 227 de nossa Carta Magna e o Art. 24 do ECA, que garante a vida,

saúde, alimentação, convivência familiar, dentre outros direitos, os pais tornam-se passíveis a sanção imposta pelo estado, que ao provocar o judiciário, permite que este em juízo de faculdade aplique esta ou outras sanções visando sempre em primeiro plano o interesse do menor. (DIAS, 2015)

Outra causa que também acarreta a suspensão do poder familiar é a condenação criminal irrecorrível dos pais em pena superior a 2 anos, o que significa que a suspensão ao contrário do que muitos pensam, não ocorre devido a prisão dos pais em regime fechado, compreendendo também presos em regime aberto ou semiaberto.

Cumprе ressaltar que além da suspensão, quando de fato resta constatado que esta é meio insuficiente a proteção dos menores, não se vislumbrando mais a possibilidade de retomada do poder familiar, o ordenamento jurídico prevê outras medidas protetivas aos menores, quais sejam, a perda e a extinção do poder familiar.

2.1.3.2 Perda e Extinção do Poder Familiar

A Perda é a forma mais grave de destituição do Poder Familiar, sendo, portanto, um dos instrumentos de proteção à criança e ao adolescente, constante no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal medida acarreta o afastamento dos detentores de Poder Familiar, quando estes causam ou ameaçam causar prejuízos irreparáveis na vida das crianças e adolescentes que estão sob este poder.

O artigo 1638 do CC/02⁵, elenca as hipóteses de perda do poder familiar, que obviamente são causas muito mais nocivas que as previstas na Suspensão, posto que nesta os prejuízos sofridos ou que ameaçam as crianças e adolescentes são muito mais ligados a privação de direitos fundamentais ligados a questão social do menor, como o direito à educação, esporte e lazer, respeito, dignidade, dentre outras. Já na perda familiar, os prejuízos vão muito mais além, são hipóteses em que acarretam risco iminente aos infantes e adolescentes, pondo em risco acima de tudo, a vida destes.

⁵ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

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

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

O rol, elencado no supracitado artigo, não se exaure no corpo do texto, uma vez que as ações do ser humano não podem ser completamente previstas, sendo assim, o legislador elencou atitudes que baseiam a linha proteção das crianças e adolescentes, podendo tal instrumento ser utilizado, ainda que tais atitudes ensejadoras, não constem no artigo supracitado, mas que estejam ligadas ou sejam decorrentes dele.

Tais atos prejudiciais podem ser de natureza ativa, quando o detentor do poder familiar toma determinadas atitudes que prejudicam ou ameaçam a integridade física e/ou psíquica das crianças e adolescentes, como também pode ocorrer através de práticas omissivas, quando tal omissão cause prejuízos a estes.

Segundo Maria Berenice Dias (2015), a perda do poder familiar, que está elencada no Art. 1.638 do CC/02, pode ocorrer através de provocação do judiciário, realizada por iniciativa de um dos pais, de parentes ou do Ministério Público, e o foro competente é sempre no local em que a criança se encontrar, em varas da família ou em varas da infância e da juventude.

Constatado os indícios ensejadores da perda do Poder Familiar, a mesma ocorre por decisão judicial, e ao contrário da suspensão, ela não é facultativa, ou seja, o juiz ao observar a ocorrência de algum pressuposto para a decretação da perda do poder familiar, deverá ordená-la, sendo, portanto, uma medida imperativa.

Cumprido ressaltar que a perda do poder familiar é algo que deve ser minuciosamente avaliado, pois trata-se de medida severa e diante disso só é aplicada de imediato quando o juiz observa estar classificado justo motivo, como quando em situações complexas que inviabilize a criação do menor pelo (s) detentor (es) do Poder Familiar.

Ademais, a perda do poder familiar pode ser deferida em casos reincidentes de suspensões, quando fica claro que a suspensão do poder familiar não educou o/os pai(s) no sentido de não cometer mais desvios para com os filhos.

Restando claro que não há a possibilidade de uma regeneração com pai/mãe, o juiz poderá destituir o poder familiar e determinar tutor para os filhos, até que os mesmos alcancem sua maior idade ou sejam emancipados.

Uma das consequências da perda do poder familiar é a perda da guarda dos menores, uma vez que embora o poder familiar possa ser exercido independente da guarda, esta não pode ser exercida pelos pais, caso lhes seja retirado o Poder Familiar, já que a perda do poder familiar acarreta em sua extinção.

A extinção do poder familiar, é um termo jurídico, previsto no Art. 1.635 do CC/02, e pode ocorrer tanto de forma natural quanto por decisão judicial.

Diz-se que houve a extinção do Poder Familiar de forma natural, quando ocorre a emancipação⁶ do filho, ou pela morte de um dos pais ou do filho.

Ocorre por decisão judicial nos casos em que há a Perda do Poder Familiar, fato este que, sua perda, também enseja sua extinção.

Em ambos os casos, seja com a Perda ou Extinção do Poder Familiar, ambos os fatos afetam diretamente a vida das crianças e adolescentes, uma vez que em qualquer dos casos, a guarda dos filhos acaba sendo afetada, já que, como já fora explanado, a guarda por ser um dos atributos do Poder Familiar, depende deste para que se seja exercida.

Isto, posto, a figura da guarda, mostra-se mais uma vez, que possui extrema relevância como instrumento a ser utilizado em favor das crianças e adolescentes, como forma de garantir a segurança destes.

2.2 Visão Histórica e Evolução da Guarda no Brasil

Desde a colonização até o século XX pouco se falava sobre o Instituto da Guarda no Brasil, posto que neste período havia uma maior proteção da unidade familiar, necessária para consolidar as relações sociais. Não existia divórcio, sendo rara e excepcional a separação, chamada até então de “Desquite”. (DIAS, 2015)

Sendo assim, os filhos havidos no casamento, eram conservados em companhia de ambos os pais, por estes manterem o matrimônio, não havendo maiores questionamentos sobre a Guarda em si.

A Guarda está diretamente relacionada a dissolução do casamento, sendo uma consequência fática deste, por isso, no Código de 1916, a Guarda foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, no Título IV, que tratava da Dissolução da Sociedade Conjugal e da Proteção da Pessoa dos Filhos.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, caso os pais se desquitassem, ambos poderiam, caso houvesse consenso, decidir com quem ficaria a guarda dos filhos⁷, todavia, em

⁶ A emancipação dos filhos pode ocorrer nas seguintes hipóteses: de forma voluntária, por ato dos pais; por decisão judicial, quando não a consenso entre os pais; de forma legal, quando se atinge a maior idade civil; pelo casamento civil; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

⁷ Código Civil de 1916. Art.325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em 20 Fev. 2018.

casos de desquites conflituosos, realizados por via judicial, a figura da Guarda seria aplicada como instrumento de sanção, em que a guarda dos filhos seria dada ao cônjuge “inocente”, ou seja, aquele que não deu causa a separação (DIAS, 2015). Seriam analisados os motivos que levaram a extinção da união matrimonial, para que se pudesse definir com quem ficaria a guarda dos menores.

Caso fosse constatada a culpa de um dos cônjuges, este não poderia ficar com a guarda dos filhos⁸, e se ambos fossem culpados, os filhos do sexo feminino ficariam sob a guarda da mãe, e os do sexo masculinos também permaneceriam sob a guarda da mãe, mas até os seis anos de idade⁹, já que o § 2º do Art. 326 do CC/16 concedia a guarda dos filhos do sexo masculino, maiores de seis anos ao pai.

Posteriormente o art. 326, § 1º, do CC/16, foi revogado¹⁰, passando a nova redação, anunciar que em caso de desquite por culpa de ambos os pais, os filhos menores poderiam permanecer com a mãe, salvo se o juiz entendesse que tal solução, pudesse trazer prejuízo de ordem moral para os menores¹¹.

Note-se que a nova redação não faz diferenciação ao sexo dos filhos menores, podendo ambos os sexos permanecerem com a mãe, conforme se verifica no texto original:

Art. 326. Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977:

Texto original: Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962). (BRASIL, 1916)

Além da definição da guarda, entre ambos os pais, o CC/16, com a nova redação dada pelo advento da Lei do Divórcio nº 6.515, de 1977, tratou também da possibilidade da concessão de guarda a terceiros, nos casos em que ambos os genitores estivessem impedidos de obter a guarda de seus filhos menores. Situação em que o juiz deferia a guarda destes a pessoa da família, que tivesse reputação ilibada, garantindo aos cônjuges, apenas o direito de visita, conforme preceitua o Art. 326 § 2º:

⁸ _____. **Código Civil**. – Vademecum compacto, São Paulo: Saraiva 2017. Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

⁹ _____. **Código Civil**. – Vademecum compacto, São Paulo: Saraiva 2017. Art. 326. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

¹⁰ O Art. 326 do CC/16 foi revogado pela Lei do Divórcio nº 6.515, de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em 20 Fev. 2018.

¹¹ Código Civil de 1916. Art. 326 § 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em 20 Fev. 2018.

Art. 326. § 2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro, a que, entretanto, será assegurado o direito de visita. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962). (BRASIL, 1916)

Note-se que, no referido código já havia a inserção de demais familiares como guardiões dos menores, além dos genitores, o que nos permite concluir que a guarda, em regra era dada aos pais, observados os quesitos, consentimento e culpa, todavia, em casos excepcionais, quando os pais não pudessem obter a guarda dos filhos, esta poderia ser concedida a outros parentes, cabendo aos pais apenas o direito de visitas.

Não havia ainda a ideia de proteção integral e superior interesse da criança e adolescente, a guarda era um “prêmio” a ser entregue aquele que não houvesse motivado a dissolução da união. O foco era no julgamento do rompimento matrimonial, qual fosse desquite, separação, ou divórcio, onde bastava nomear o culpado para saber quem obteria a Guarda dos filhos. (DIAS, 2015)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma série de avanços sociais foram propiciados, foi o início de uma sociedade com mais repressão ao preconceito e as desigualdades, prezando pela igualdade de gêneros e pela manutenção das garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, que consequentemente foram direcionados a efetivação da proteção à criança e adolescente.

Dois anos após a entrada em vigor da nova Carta Magna, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente¹², que trouxe uma série de direitos e deveres em prol dos menores. Este estatuto, veio da necessidade de concatenar todos os direitos garantidos pela nova Constituição, que ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança-ONU/89 (GONÇALVES, 2015).

No tocante a Guarda, foi mais um avanço na missão de consolidar o superior interesse das crianças e adolescentes, conforme nos esclarece Maria Berenice Dias:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º), banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade do pai. Da mesma forma, o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe

¹² O Estatuto da Criança e do Adolescente foi implantado no ordenamento jurídico com a Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acessado em 12 Fev. 2018.

toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos. (DIAS, 2015, p. 391)

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a Guarda vem elencada nos artigos 32 a 35, em que estabelece a guarda nos casos em que se torna necessário a introdução de terceira pessoa na relação entre pais e filhos, tratando assim, da implantação da guarda em família substituta, que como acima explicitado, ocorre quando os pais são considerados inaptos a prosseguir com a criação dos filhos, sendo necessário a colocação destes em família substituta.

Com isso, a guarda é expandida, passando a ser utilizada além do plano familiar, como sendo também uma guarda assistencial, em casos de colocação dos menores em família substituta, sendo concedida quando os menores estiverem sob situação de risco, conforme preleciona Flávio Tartuce:

Além da guarda exercida sob o poder familiar, antes analisada, é preciso aqui comentar, como instituto de direito assistencial, a guarda existente fora do âmbito familiar, tratada nos arts. 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Alguns comandos relativos ao assunto foram alterados pela recente Lei 12.010, de 2009 (Nova Lei da Adoção). (TARTUCE, 2017, p. 23)

Com o advento do Novo Código Civil de 2002¹³, o legislador tratou de cuidar da guarda em oportunidades distintas, nos artigos 1.583 a 1590, se referindo aos filhos havidos no casamento e nos artigos 1.611 e 1.612, tratando da guarda dos filhos havidos fora do casamento (DIAS, 2015).

Muito embora, estejam sendo tratados em oportunidades distintas, o princípio da igualdade entre filhos, disposto no artigo 227 § 6º da CRFB/88 e no artigo 1.596 do CC/2002, garantem os mesmos direitos e qualificações entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento e os adotivos (DIAS, 2015). Senão vejamos:

CRFB/88. Art. 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

CC/02. Art. 1.596. 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. (BRASIL, 2002)

O CC/02, apresentou duas espécies de Guarda, quais sejam, a Guarda Unilateral e a Guarda Compartilhada, que podem ser utilizadas, de acordo com sua adequação em cada caso

¹³ O Novo Código Civil foi criado pela Lei Nº LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

concreto. Contudo, a Guarda Compartilhada é tida pelo ordenamento jurídico, como a regra, ou seja, deve ser sempre a primeira escolha a ser considerada, só cabendo as demais, caso, a espécie Compartilhada seja inviável. Senão Vejamos:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). [...]

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). (BRASIL, 2002)

Muito embora, o legislador só houvesse mencionado explicitamente, sobre a guarda Unilateral e Compartilhada, há ainda, de acordo com a doutrina majoritária, a guarda em sua espécie Monoparental e Alternada, conforme descreveremos no subitem que trata das espécies de guarda.

2.2.1 Conceito de Guarda

Segundo Maria Berenice Dias (2015), o instituto da guarda não é regulamentado em nosso ordenamento jurídico, limitando-se o Código Civil pátrio, identifica-lo como sendo um atributo do poder familiar.

Neste prisma, embora o ordenamento jurídico não tenha conceituado o instituto da Guarda, é possível esclarecer, através de análise de seus atributos e pesquisa doutrinária, o que de fato vem a ser tal instituto e de que forma ele atua.

É imprescindível destacar que apesar da guarda estar atrelada ao poder familiar, estes não se confundem, posto que a guarda é um dos atributos do poder familiar, é um dos meios de seu exercício.

A palavra “guarda” significa guardar, cuidar, proteger¹⁴, portanto, é o ato de ter o filho sob sua permanência, sob seus cuidados, sob sua posse de fato¹⁵, enquanto o poder familiar é um direito-dever dos pais, advindos da maternidade, em cuidar da criação e proteção dos filhos. Sendo, portanto, pré-requisito para a obtenção da guarda, já que de acordo com o

¹⁴Dicionário Aurélio. Disponível em:< <https://dicionariodoaurelio.com/guarda>>. Acessado em: 23 fev. 2018.

¹⁵ Estatuto da Criança e Adolescente, Art. 33 §1º. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acessado em 17 fev. 2018.

entendimento extraído da leitura sobre Poder Familiar, este é exercido independente da guarda, não sendo esta uma condição necessária, muito embora a guarda possa restringi-lo¹⁶.

Não obstante, a guarda depende do poder familiar por ser um de seus atributos, não sendo possível o pai que perdeu o poder familiar sobre seu filho, tê-lo sob sua guarda.

A respeito do assunto em comento, Maria Berenice Dias assevera:

O fim do relacionamento dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. (DIAS, 2015, p. 392)

No mesmo entendimento, preleciona Paulo Lôbo:

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. [...] Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício. (LÔBO, 2009, p. 169)

Embora esta seja a nomenclatura dada para descrever um exercício do poder familiar, concernente no ato de ter um menor ou maior incapaz sob sua moradia com os encargos de custódia e proteção, o termo “guarda” é criticado por Maria Berenice Dias (2015), levando ao entendimento de que termo em comento expressa os filhos, mais na condição de “objetos” que “sujeitos de direitos”. Senão vejamos:

Ainda que a “posse do filho” não decorra da simples presença física no domicílio da mãe ou do pai, a definição da “guarda” identifica quem tem o filho em sua companhia. [...] Passando o filho a residir na companhia de um dos genitores, a este fica deferida a “guarda”, expressão que significa verdadeira “coisificação” do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de **sujeito de direito**. (DIAS, 2015, P. 392)

Destarte, pode-se entender que o instituto da guarda é um atributo do poder familiar, pertencente a um ou ambos os pais, em igualdade de condições e concerne na concatenação de princípios e normas que fixam os direitos e deveres dos pais para com seus filhos menores e maiores incapazes, objetivando a proteção integral destes.

O ordenamento jurídico brasileiro trata ainda da guarda em caráter “assistencial”, que não se confunde com a guarda da família natural, decorrente do poder familiar. Este tipo de

¹⁶ BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília. Senado, 2008. Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de deterem em sua companhia os segundos.

guarda visa dar assistência aos menores e incapazes que por motivos diversos, não possam ficar sob a guarda dos pais, caso estes tenham sido considerados inaptos ao exercício do poder familiar, e em específico ao exercício de guarda, encaixando-os em família substituta, sendo, portanto, uma forma de guarda de natureza assistencial.

Esta modalidade de guarda existente fora do poder familiar (TARTUCE, 2017), é regulamentada pelo ECA, do artigo 33 ao artigo 35. Senão vejamos o que preleciona o doutrinador Paulo Lôbo:

Diferente é o conceito e alcance de guarda para os fins do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste, a guarda inclui-se entre as modalidades de família substituta, ao lado da tutela e da adoção, pressupondo a perda do poder familiar dos pais, razão por que é atribuída a terceiro. (LÔBO, 2009, p. 169)

Isto posto, a figura da Guarda estatuída no ECA, possui caráter assistencialista, objetivando a regulamentação da criação e dos cuidados das crianças e adolescentes que saem da seara familiar biológica, adentrando no seio parental afetivo, restando assim resguardá-los independente da situação familiar em que se encontrem inseridos.

2.2.2 Características Gerais e Jurídicas

A guarda é utilizada em prol das crianças e adolescentes, de 0 a 16 anos (incapazes), e dos adolescentes de 16 aos 18 anos incompletos (relativamente incapazes). Exceto dos menores emancipados, nos casos previstos em lei.

Os filhos maiores, considerados incapazes, também se enquadram nas disposições relativas à guarda, conforme preconiza o artigo 1.590 do CC/02.

O Código Civil de 2002, estabelece preceitos sobre a Guarda em momentos distintos, quais sejam, quando da separação dos pais, e ao tratar dos filhos havidos fora do casamento (DIAS, 2015).

Quando da separação dos pais, o CC/02 traz nos artigos 1.583 a 1.589, as diretrizes a serem observadas para a definição da guarda dos filhos, tratando das espécies de guarda, a quem compete requerer, de que forma ela é implantada e fiscalizada.

Na separação dos pais, ainda que seja consensual, é necessário informar sobre o acordo em relação a guarda e à visitação dos filhos, conforme aduz o art. 1.121 do CPC pátrio.

Caso os pais já tenham acordado entre si, sobre a guarda e visitação a ser implantada, o juiz e o Ministério Público, antes da homologação do divórcio, analisarão à luz do superior interesse do menor, se as questões relacionadas a guarda atendem o objetivo pretendido, que é

o de proteger os menores nestas transições. Isto porque, embora seja consensual, não há como ter a certeza de que não houve vício de consentimento na escolha da espécie de guarda pelos genitores, cabendo ao órgão jurisdicionado consentir ou não com a escolha formulada pelos genitores, conforme preconiza o art. 1.584, inciso II e 1.586 do CC/02.

Neste sentido, vejamos o que observa Paulo Lôbo:

Confia o legislador no melhor discernimento dos pais, cujas escolhas serão presumivelmente as melhores para os filhos. Todavia, deve o juiz verificar se o acordo observa efetivamente o melhor interesse dos filhos, ou reduz em benefício de concessões recíprocas para superação do ambiente conflituoso, contemplando mais os interesses de um ou de ambos os pais. Essa é a orientação que deflui do art. 1.586 do Código Civil, também aplicável às separações consensuais, que atribui ao juiz o poder de regular de maneira diferente, “a bem dos filhos”, sempre que houver motivos graves. Certamente é motivo grave a preferência dada pelos pais para a superação de seus próprios conflitos, em detrimento dos filhos. (LÔBO, 2009, p. 169)

Na separação litigiosa, caso os pais não cheguem a um consenso sobre a guarda dos filhos, o juiz implantará a guarda em espécie compartilhada, desde ambos os pais demonstrem estar aptos a exercer o poder familiar, conforme extraímos do art. 1.584 § 2º do CC/02.

A guarda assistencial, de que trata os artigos 33 ao 35 do ECA, é conferida quando o menor é colocado em família substituta. Possui caráter preparatório para as ações de tutela e adoção, além de excepcionalmente ser utilizada para suprir a falta dos pais, quando estes estiverem impedidos temporariamente de exercer a guarda dos filhos menores e incapazes.

De acordo com o artigo 33 § 1º do ECA, a guarda assistencial possui função de regularizar a posse de fato, podendo ser definida nas ações de tutela e adoção por brasileiros, através de decisão interlocutória, em sede de liminar ou incidente processual.

Neste entendimento, Maria Berenice Dias complementa:

A mesma denominação “guarda” utilizada pelo Código Civil é usada pelo ECA, mas com significado diverso. Diz com a situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais e estão com direitos ameaçados ou violados (ECA 98) A guarda tem cabimento em duas situações em especial: (a) para regularizar a **posse de fato** (ECA 33§1.º) e b) como medida liminar ou incidental nos processos de **tutela e adoção** (ECA 33§2.º). (DIAS, 2015, p. 393)

O guardião deverá obrigatoriamente prestar assistência educacional, moral e material ao menor, além de ficar na condição de seu dependente, inclusive para fins previdenciários, podendo ainda, opor-se aos pais do menor e a terceiros, prezando sempre por sua proteção integral, conforme estabelece o artigo 33 § 2º e §3º do referido estatuto.

Conforme estatui o artigo 33 § 04º do ECA, os pais embora tenham perdido a guarda dos filhos, poderão visita-los, com algumas observações. Senão vejamos:

Art. 33[...]

§ 4º. Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança e adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou Ministério Público. (BRASIL, 2008)

Em observância as características supra elencadas, concluímos que tanto a guarda da família natural, quanto a guarda da família substituta, possuem caráter personalíssimo, renunciável, transferível, inalienável e imprescritível. (BRASIL, 2008)

2.2.3 Guarda Monoparental

Com a evolução do conceito de família, propiciada pela CRFB/88, houve o reconhecimento da entidade familiar composta por qualquer dos pais e seus descendentes, constituindo assim, uma família monoparental, conforme estabelece o Art. 226 § 4º da CRFB/88.

Esse novo reconhecimento familiar trouxe a Guarda Monoparental, também conhecida como Guarda Uniparental, que é a espécie de guarda em que apenas um dos genitores detém a guarda dos filhos em uma família Monoparental.

Sobre o tema, Jussara Schimitt Sandri esclarece:

A família monoparental constitui-se, portanto, pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, biológicos ou não, que ocorre mediante a presença de somente um dos genitores na titularidade do vínculo familiar, convivendo com os filhos, sem a presença de um casal heteroafetivo. (SANDRI, 2013, p. 46)

Neste prisma a guarda monoparental não se confunde com a guarda unilateral, posto que a segunda espécie de guarda não condiciona sua atribuição ao tipo de entidade familiar.

2.2.4 Guarda Unilateral

A guarda unilateral, também denominada guarda exclusiva, é uma das espécies de guarda, claramente prevista em nosso ordenamento jurídico, disposta no artigo 1.583 do CC/02.

Esta espécie de guarda é a atribuída a apenas um dos pais, e em caso da falta ou impedimento destes, poderá ser atribuída a alguém que os substitua, daí a nomenclatura “unilateral” e “exclusiva”, devendo ser aplicada ao genitor que possua melhores condições no tocante ao fornecimento de educação, saúde, segurança e lar harmonioso com boas relações afetivas.

Fixada a guarda unilateral, terá o outro genitor faculdade de poder visitar e ter os filhos em sua companhia, cabendo aos pais acordarem quanto as visitas ou ao juiz a fixa-la, conforme Art. 1.589 do CC/02.

Em que pese a guarda ser dada a apenas um dos genitores, aquele que não detiver a guarda dos filhos, poderá exercer todos os demais atributos do poder familiar, posto que apesar da guarda restringir, ela não exclui os direitos do genitor, sendo estes obrigados a acompanhar a criação dos filhos, conforme aduz o Art. 1.583 §5º do CC/02:

Art. 1.583. § 5º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2002)

Cumprido ressaltar que o direito de visitas, mais que uma prerrogativa dos genitores, é um direito dos filhos, que não podem ter seu direito de convívio com ambos os pais cerceado pela dissolução do vínculo conjugal.

Sobre este tema Jussara Schimitt Sandri se manifesta:

A autoridade parental é exercida pelos pais sobre os filhos menores ou maiores incapazes, mesmo diante da ruptura da vida em comum. Quando um casal rompe o relacionamento e estabelece guarda unilateral da prole, seja de comum acordo ou por força de decisão judicial, o filho é quem detém a titularidade do direito de visita, pois tem o direito de conviver com seus pais. (SANDRI, 2013, p. 151)

Não obstante, esta espécie de guarda acarreta a privação dos filhos na convivência diária e contínua de um dos genitores, motivo pelo qual sofre bastante crítica no meio acadêmico, jurídico e social como um todo.

2.2.5 Guarda Alternada

A guarda Alternada não é prevista em nosso ordenamento jurídico, sendo apenas fruto doutrinário e jurisprudencial.

Esta espécie de guarda foi assim intitulada, por evidenciar a prática da guarda dos filhos por ambos os genitores, mas não de forma simultânea como ocorre na guarda compartilhada, nem de forma exclusiva por apenas um dos genitores em período indeterminado, como ocorre na guarda unilateral.

A referida espécie de guarda remete a alternância guarda dos filhos, por determinados períodos, em que cada genitor mantém os filhos sob sua guarda exclusiva, por determinado período de tempo, sendo assim uma junção da guarda unilateral em seu caráter exclusivo e da guarda compartilhada, no exercício da guarda por ambos os pais, em momentos diversos.

Este período em que o menor fica sob a guarda de um dos pais, em momentos distintos, pode variar, não havendo tempo pré-determinado para se caracterizar como guarda alternada. Para isso, basta que ambos os genitores acordem sobre essa alternância com periodicidade, que pode ser semanal, mensal, semestral ou até mesmo anual, já que o que vai de fato caracterizar a guarda alternada é o exercício de guarda exclusivo por um dos cônjuges em determinado período de tempo. (BELO, 2018)

2.2.6 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada, foi instituída em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº11.698/2008¹⁷, objetivando a proteção aos menores e maiores incapazes, garantindo-lhes a continuidade de convivência familiar com ambos os genitores, quando estes dissolvem o vínculo conjugal.

Prevista no Art. 1.583 do CC/02, a guarda compartilhada consiste no exercício da guarda por ambos os pais, que embora não convivam mais sob o mesmo teto, partilham entre si os direitos e deveres inerentes a criação dos filhos, com a responsabilidade conjunta, cabendo a ambos as práticas e decisões advindas do poder familiar.

Para que a guarda compartilhada seja implantada, há de ser realizado, assim como nas demais espécies de guarda, o juízo de conveniência, posto que embora seja a espécie que mais

¹⁷ LEI Nº 11.698, DE 13 de Junho de 2008, que institui e disciplina a guarda compartilhada. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em 22/04/2018.

preserve os filhos, em se tratando de convivência familiar, esta deve ser implantada, respeitando algumas observações, quais sejam: local de residência dos pais, condições físicas e psíquicas tanto dos pais quanto dos filhos, bem como a preferência por este modelo de guarda.

O exercício da guarda compartilhada pressupõe a igualdade de direitos e deveres que ambos os pais têm, o que não se confunde com o convívio repartido “meio a meio”, posto que, mesmo sendo compartilhada, o juiz ao determiná-la, também deverá escolher o local de moradia fixa dos filhos, local este, dado ao genitor que melhor apresentar condições de suprir as necessidades dos filhos, visando sempre o superior interesse destes.

Portanto, serão analisados quesitos de ordem psicossocial, como por exemplo: a afetividade, existência de convívio e hábitos em determinado local, proximidade com a escola, local de fácil acesso, segurança, dentre outros fatores que melhor atendam os interesses das crianças e adolescentes.

Destarte, este modelo de guarda, é bem mais preferível que os demais, como acima exposto, por ser a espécie de guarda que menos interfere na vida dos filhos, pois, mesmo que a sociedade conjugal se dissolva, os direitos e deveres inerentes ao poder familiar não se extinguem, não se modificam, já que devido a relação de parentalidade, o vínculo entre pais e filhos não acaba (DIAS, 2015).

Sob a mesma ótica, Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, assim define:

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS, 2009, p. 28)

Deste modo, aduz o artigo 1.583, § 1º do CC/02, sobre a modalidade de guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Em consonância ao referido dispositivo legal, Paulo Lôbo preleciona:

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. (LÔBO, 2009, p. 169)

Essa espécie de guarda tem evoluído nos últimos anos por ser uma forma mais equilibrada de manter os laços parentais após a dissolução do vínculo conjugal, conforme discorre Jussara Schimitt Sandri:

Este modelo de guarda proporciona inúmeras vantagens aos pais e aos filhos, pois além de um maior contato entre os membros da família, as atribuições parentais são divididas entre os pais, proporcionando um ambiente saudável e adequado ao regular desenvolvimento dos filhos menores. (SANDRI, 2013, p. 160)

Ao realizar a leitura dos artigos que tratam da proteção da pessoa dos filhos, pode-se observar que a guarda compartilhada é claramente incentivada, conforme consta no Art. 1.584, inciso II, § 1º e 2º do CC/02, isto porque ela diminui o impacto que a separação dos pais causa na vida dos filhos, na medida em que propicia a continuidade do convívio com ambos os genitores, evitando assim o estresse advindo com a dissolução conjugal dos pais.

Assim dispõe o referido dispositivo:

Art. 1.584 A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

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 a 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. (BRASIL, 2002)

Conforme o aludido acima, que trata das normas que regulam a guarda dos menores e maiores incapazes, a guarda compartilhada apresenta-se em nosso ordenamento jurídico, em sentido amplo, como a melhor opção de guarda a ser implantada, por sua relevante propiciação à uma convivência contínua com os pais, resultando em um desenvolvimento saudável e formação psicológica sadia.

É imperioso ressaltar que a Guarda Compartilhada, destaca-se das demais como uma espécie que favorece o combate a prática da Alienação Parental, uma vez que a mesma pode ser utilizada como instrumento protetivo, já que por sua natureza isonômica, a mesma permite a continuidade das atribuições dos pais, evitando assim uma redistribuição de papéis, o que muitas vezes acaba por ser um dos pontos iniciais de discussões acerca da criação dos filhos, o que gera conflito e conseqüentemente atitudes individualistas que acabam por se transformar em práticas alienadoras nos filhos. (SANDRI, 2013)

3 A ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS

A Alienação Parental é um tema que ganha cada vez mais atenção por parte do Estado, bem como de toda sociedade, e apesar algo novo para muitas pessoas, a Alienação Parental é um mal do passado, que vem se mantendo no presente, estando cada vez mais presente nas relações sociais entre adultos, crianças e adolescentes.

Com a constante evolução e conquistas de direitos sociais, seja em relação a homoafetividade, a isonomia entre homem e mulher, o direito ao divórcio, fato é que todas estas mudanças sociais acabam afetando a Família, e conseqüentemente as crianças e adolescentes, que por serem os mais vulneráveis nestas relações, acabam sofrendo, por serem os maiores prejudicados.

Este capítulo é dedicado a apresentação da Alienação Parental, remontando desde os estudos sobre sua origem, passando por sua evolução histórica, social e jurídica, para que o leitor compreenda a relação existente entre a Guarda e a Alienação Parental.

3.1 Fundamento Sócio - Histórico da Alienação Parental

Há algumas décadas atrás vivia-se em uma sociedade voltada para a unicidade familiar, intimamente ligada ao cristianismo, que prezava pela manutenção do casamento. (MAGALHÃES, 2011).

Isto posto, qualquer atentado contra a constância do matrimônio, era passível de punição, fazendo com que o número de rompimentos familiares fosse o mínimo possível. (DIAS, 2015)

Essa repressão à dissolução do vínculo conjugal, evitava que os filhos havidos no casamento fossem criados por apenas um dos pais, em regra o que não houvesse dado causa a separação. (DIAS, 2015)

Neste prisma, já podemos observar que os filhos ao serem privados do convívio de um dos genitores por motivos alheios a questão de interesse e proteção dos mesmos, já sofriam com a culpabilidade imposta a um dos pais, fazendo-os sofrer por questões alheias as suas necessidades e prioridades.

O menor e o maior incapaz, passavam a conviver com o genitor considerado (a) “inocente”, enquanto o outro perdia o direito de guarda, refletindo nos filhos, principalmente nos de compreensível entendimento, a imagem de um genitor “culpado” pela destruição da família, que não mereceu tê-los em sua companhia.

Note -se que mesmo ainda não havendo uma preocupação voltada para a proteção física e psíquica dos menores e maiores incapazes, diante das rupturas familiares, a prática do regime de guarda até a Constituição de 1988 por si, já propiciava uma visão negativa dos filhos com relação aos pais.

Com a Lei do Divórcio¹⁸, o casamento passou a ser dissolúvel, e com isso, veio a necessidade de se atentar mais para a questão dos filhos diante do rompimento matrimonial dos pais, principalmente no tocante a guarda. E no decorrer dos anos com esta evolução o número de divórcios cresceu consideravelmente, acarretando assim na restrição do convívio dos filhos com ambos os pais, sendo necessária a criação da guarda compartilhada, para que os menores não fossem privados do direito de conviver com ambos os pais.

É o que assevera Maria Valéria de Oliveira Correia Magalhães:

[...] A lei do divórcio nos anos 70 provocou uma avalanche de divórcios. Em seguida, surge a lei da guarda compartilhada, onde o interesse da criança é prioridade e o melhor genitor é tanto o pai como a mãe. Quando estes não se entendem, o conflito é levado à justiça, que acirra uma verdadeira guerra com o objetivo de demonstrar qual é o mau genitor. (MAGALHÃES, 2011, p. 39)

Essa ruptura na relação familiar, pode levar a ruptura afetiva, podendo ou não vir atrelada a distorção da imagem do genitor não detentor da guarda, que torna-se vulnerável nesta situação, por manter pouco ou nenhum convívio com os filhos, e é nesse contexto que surge a prática da Alienação Parental, que se apresenta, em regra, durante o processo de dissolução conjugal dos pais, mas que também pode decorrer de outras situações, ligadas a extinção do poder familiar, como por exemplo, quando um dos cônjuges falece e os filhos perdem ou possuem restrito contato, com os avós e demais parentes, devido empecilhos e/ou a criação de uma má imagem dos parentes do (a) genitor (a) falecido.

Destarte, várias são as situações histórico-sociais que levam a prática da alienação parental, que por sua vez, não surgiu, nem se limita apenas como uma consequência da separação dos pais, posto que tal prática, sempre ocorreu atrelada a conceitos morais de uma sociedade, que não enxergava os menores como pessoas de direito, mas como meros objetos de direito (DIAS, 2015).

Como acima exposto, embora a Alienação Parental não seja única e exclusivamente decorrente das dissoluções dos vínculos conjugais, o presente estudo limitar-se-á a realizar

¹⁸ LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acessado em: 14 Fev. 2018.

estudo sobre o impacto da Alienação Parental nestas situações de família, que envolvem a disputa de guarda e regulamentação de visitas.

3.2 Conceito de Alienação Parental

A denominação “Alienação Parental” (Parental Alienation), que significa “criar antipatia paterna”, foi segundo Carlos Roberto Gonçalves (2015), a expressão utilizada pelo americano, médico e professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, Richard Gardner, no ano de 1985, em um tribunal norte americano, em que se discutia a guarda de menores, onde fora constatado que um dos genitores induzia os filhos a romperem laços afetivos com o outro genitor

A referida expressão, foi primeiro utilizada para descrever a “Síndrome da Alienação Parental”, causada pela manipulação de ordem psíquica, onde fora constatado que os pais manipulavam os sentimentos dos filhos, através de falsa imagem criada do outro genitor, fazendo o menor criar aversão e desprezo, levando-o a cortar os laços afetivos com o genitor atingido. E é esse sentimento de repudia, causado por esta alienação, que Richard Gardner, reconheceu como sendo uma síndrome.

Embora Richard Gardner tenha sido pioneiro a tratar do tema, outros pesquisadores também constataram a influência negativa dos genitores durante os litígios na separação, o qual deram outras nomenclaturas, conforme explana Maria Valéria de Oliveira Correia Magalhães:

Outros estudiosos nomearam formas diferentes do mesmo fenômeno. Na Califórnia, Wallerstein (1980) e em Nova Iorque, Jacobs (1988) publicaram casos resultantes da Síndrome de Medea, que quando há crise no casamento seguida de separação, os pais adotam a imagem de seu filho como uma extensão deles mesmos, sem a compreensão de que são pessoas independentes.

Da mesma forma, Michigan Blush e Ross (1986) divulgaram um estudo sobre o perfil da personalidade de pais que apresentaram falsas acusações de crimes sexuais, identificados com Alegações Sexuais no Divórcio – Sexual Allegations in Divorce. E por fim, Turkat apontou a Síndrome da Mãe maldosa associada ao divórcio, aquela que pune seu ex-esposo com meios legais e ilegais para atropelar o convívio da criança com o outro genitor. (MAGALHÃES, 2011, p. 40)

Em todas as observações feitas pelos estudiosos do fenômeno da Alienação Parental, pode-se perceber que a prática da alienação parental, esta atrelada ao fracasso conjugal dos pais, que por sua vez acabam utilizando os filhos, como forma de vingança e represália, objetivando atingir o outro genitor.

É imperioso ressaltar que apesar da alienação parental ter sido primeiro conhecida durante conflitos havidos em divórcios, ela não permeia apenas na seara dos litígios conjugais, posto que com a evolução das relações sociais, do conceito de família e a inserção dos menores em lares substitutos ou em processo de adoção, também os tornou vulneráveis.

Isto é, ainda que os menores ou maiores incapazes estejam sob a guarda de parentes ou demais pessoas, que não os genitores, estes que estão em posse dos menores, podem exercer o papel de alienador, em prol de interesses próprios, que não necessariamente expressem sentimento de vingança, podendo ser por egoísmo, desejando a companhia e afeto dos menores para si, por interesses de ordem financeira ou até mesmo por questões relacionadas ao preconceito em suas mais variadas formas.

O entendimento acima exposto, fora extraído do art. 2º da Lei nº 12.318, conforme dispositivo abaixo transcrito:

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. (BRASIL, 2010)

Denota-se, diante disto, que a alienação parental é manipulação psíquica dos filhos, exercida em regra por um dos genitores, parentes ou outro indivíduo, que detenha a posse dos menores, face um genitor, em litígios que envolvem dissolução do vínculo conjugal e guarda, baseada na desmoralização, no desprestígio e na desconstrução da boa imagem do outro genitor, perante os filhos, causando seu distanciamento, objetivando em suma, a vingança, causada pelo descontentamento afetivo com o outro genitor.

3.3. Diferença entre Síndrome e Prática da Alienação Parental

É importante esclarecer as distinções existente entre a alienação parental e sua síndrome, posto que ambas apesar de tratarem do mesmo tema, não se coadunam, pois, a prática da alienação parental refere-se ao exercício em si da alienação parental, enquanto a outra é consequência adquirida com tal prática.

Carlos Robertos Gonçalves também define a Síndrome de Alienação Parental, nas palavras de Richard Gardner:

“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 acampada denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a ‘lavagem cerebral, programação, doutrinação’) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação parental para a hostilidade da criança não é aplicável”. (GONÇALVES, 2015. P. 622)

Conforme entendimento de Richard Gardner, a alienação parental é um fenômeno causado pelo inconformismo e frustração dos pais, decorrentes do fracasso conjugal, onde um dos genitores, para atingir o outro, utiliza-se dos filhos como verdadeiros instrumentos de punição e vingança.

O genitor alienante passa a realizar atos tendenciosos a afastar os filhos do outro genitor, e para isso, faz uso de mentiras, chantagens emocionais, comentários de denegritórios, dentre outras tantas ações que causam uma verdadeira reprogramação da mente dos filhos alienados. São estas atitudes apresentadas pelos pais que chamamos de prática de alienação parental.

Aclarando ainda mais este entendimento, Jussara Schmitt Sandri explicita:

Deste modo denota-se que, enquanto houver apenas os atos de um genitor (ou um membro do grupo familiar), tentando manipular a criança contra o outro genitor, tem-se a alienação parental. Porém, quando o filho acata essa manipulação, passando a agir ativamente para o afastamento do genitor vitimado, então, neste momento, configura-se a síndrome de alienação parental e, para reconhecer a ocorrência deste fenômeno, é importante analisar suas características. (SANDRI, 2013, p. 100)

Isto posto, resta claro que a prática da alienação parental, concerne nos atos alienatórios praticados pelo alienante, enquanto que a Síndrome da Alienação Parental, é decorrência da reiterada prática de alienação, uma vez que a síndrome resta instalada nos menores, quando estes passam a transmitir os atos do alienante de forma autônoma, não mais sendo necessário a provocação deste. Neste estágio, os filhos passam a exercer seu próprio juízo de valor, baseados em toda a alienação sofrida, passando a se distanciar e agir de forma ríspida com o genitor atacado.

Destarte a Síndrome da Alienação Parental diz respeito as sequelas comportamentais e emocionais das crianças e adolescentes alienados, causadas pela reiterada prática de alienação parental.

Os sintomas e problemas causados pela síndrome, caso não seja tratada, acompanham as crianças e adolescentes que padecem desse mal, tornando-os adultos com uma série de problemas de ordem física, psíquica e social, problemas estes, que serão abordados no subtópico 3.6, quando dos efeitos da prática de Alienação Parental.

3.4 Características e Critérios de Identificação da Alienação Parental

A alienação parental possui características e critérios peculiares, direcionados a manipulação psíquica dos filhos menores, através da implantação de ideias deturpadas do outro genitor, o qual quer atingir, distanciando-o dos filhos.

Na maioria dos casos ocorre quando há litígio envolvendo os pais durante o processo de divórcio, quando por fatores diversos, os pais seguem com a disputa que, dentre outros interesses de ordem material, os filhos, de forma afetiva, e assim como os bens são facilmente utilizados como meios de ataque entre os cônjuges, gerando uma violência patrimonial, há também a manipulação dos filhos, como uma das formas de atacar o outro genitor.

A prática da alienação parental, é exercida através do induzimento de um genitor, perante os filhos, fazendo-os acreditar em falsa realidade, criada através de comentários maldosos sobre o outro genitor, críticas negativas, cria dificuldades no convívio do filho com o outro genitor, inviabilizando o direito de visitas, tende a fazer com que os filhos criem aversão a (o) novo (a) companheiro (a) do outro genitor, dentre tantas outras situações em que o objetivo seja afastar os filhos do convívio do outro cônjuge, criando assim, uma verdadeira batalha, em que os filhos se tornam a arma e o genitor atingido, o alvo.

Sobre este tema Jussara Schmitt, se manifesta:

A alienação parental se caracteriza por meio de um processo destrutivo da imagem de um dos genitores, com o afastamento forçado físico e psicológico, da criança em relação ao progenitor alienado, com atos específicos, destinados a isolar a criança, que passa a compartilhar o ódio do alienador em face do genitor alienado. (SANDRI, 2013, p. 100)

Na maioria das vezes, o alienador é o genitor que detém a guarda dos filhos, que por tê-los por mais tempo em sua companhia, possuem maior domínio sobre os mesmos, controlando sua rotina diária e vigiando seu comportamento, não permitindo que o outro genitor consiga manter os mesmos laços afetivos que outrora.

Quando a criança ou adolescente está sendo vítima da alienação parental, seu comportamento vai sendo transformado gradativamente, iniciando-se por ações do alienante,

que começa a expor comentários de cunho denigrativo, de forma casual e espontânea, mas que posteriormente tendem a se fortalecer, com a demasiada elaboração de mentiras desmoralizadoras, e que nem sempre estacionam nesta fase, saindo dos comentários maldosos e partindo para as ações como quando “boicota” os dias de visitas, férias, feriados, da criança com o outro genitor, alegando motivos de doença, desencontros, falha na comunicação, mudança de domicílio, dentre tantas desculpas possíveis, para tentar prejudicar o contato dos filhos com o outro genitor.

Segundo Jussara Schmitt (2013), Jorge Trindade, traça de forma exemplificativa, as várias condutas características da prática de alienação parental:

- a) Apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
- b) Interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
- c) Desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
- d) Desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
- e) Recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas, etc.);
- f) Falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor;
- g) Impedir a visitação;
- h) “esquecer” de transmitir avisos importantes/compromissos (médicos, escolares, etc.);
- i) Envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
- j) Tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar
- k) Trocar nomes (atos falhos) ou sobrenomes;
- l) Impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;
- m) Sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas;
- n) Alegar que o outro cônjuge não tem disponibilidade para os filhos;
- o) Falar das roupas que o outro cônjuge comprou para os filhos ou proibi-los de usá-las;
- p) Ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge;
- q) Culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos;
- r) Ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro. ¹⁹

Como bem disse, a alienação parental vai sendo praticada gradativamente, passando por fases, conforme explicita Maria Valéria de Oliveira Correia Magalhães (2011), que com base em pesquisa realizada por Richard Gardner e Major, foram definidos três níveis de estágio:

Estágio I – Leve: as visitas ocorrem de maneira calma, com pouca dificuldade apenas na hora da troca dos genitores. Quando a criança encontra-se com o genitor alienado as campanhas de desvalorização do mesmo são raras e discretas, o empenho é fortalecer o vínculo com o genitor alienador;

¹⁹ SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.100.apud TRINDADE, Jorge. **Síndrome da Alienação Parental (SAP)**. In DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 27-28.

Estágio II – Médio: O alienador desenvolve uma série de recursos para excluir o alienado da vida da criança, na troca de genitores a campanha de desmoralização é grande, com argumentos numerosos e absurdos. O alienado assume uma posição de mau e o outro completamente bom e assim a criança torna-se com ele mais cooperativo.

Estágio III – Grave: A criança tem uma relação forte e estreita com o genitor alienador, inclusive as mesmas percepções negativas para com o genitor alienado. A visita é praticamente impossível, torna-se um verdadeiro pânico, caso ocorra será provocadora e destruidora. Todos os sintomas contribuem para reforçar o vínculo patológico estabelecido entre a criança e o genitor alienador.²⁰

Segundo Maria Valéria de Oliveira Correia Magalhães (2011), Richard Gardner descreveu os sintomas das crianças e adolescentes vítimas da alienação parental, identificados por suas atitudes conforme os sintomas descritos abaixo:

- a) Campanha de descrédito (o menor é levado a perder a confiança, a não mais acreditar no que o genitor alvo diz ou faz);
- b) Justificativas fúteis (o menor passa a tratar o genitor alvo com indiferença, e quando questionado, apresenta justificativas fúteis e inconsistentes, baseadas em inveracidades);
- c) Ausência de ambivalência (não há mais questionamentos ou dúvidas em quem confiar ou acreditar, o menor alienado já tem a convicção de que o alienante é a pessoa mais confiável e verdadeira, enquanto que com genitor alvo, só a sentimentos negativos);
- d) Fenômeno de independência (nem mesmo o menor alienado percebe que foi induzido, influenciado pelo alienante, tendo a convicção que ele teve sua própria percepção e tirou suas próprias conclusões acerca do genitor alvo);
- e) Sustentação deliberada (como o menor alienado não percebe que teve seus sentimentos manipulados, ele sustenta a defesa do alienante);
- f) Ausência de culpa (o menor não esboça sentimentos de arrependimento, diante dos atos de rebeldia, acreditando que o genitor alvo merece receber tratamento áspero);
- g) Situações fingidas (o menor passa a fingir e distorcer a realidade, com criações de sua mente já alienada);
- h) Generalização a outros membros da família do alienado (a visão do menor acerca do genitor alvo, também se reflete em seus parentes e amigos, posto que qualquer pessoa próxima também será associada ao seu genitor);

²⁰ MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. **Alienação parental e sua síndrome**. 01ª ed. Recife: Bagaço. 2011. P. 50. apud. PODEVYN, Francois. **Síndrome da alienação parental**, 04/04/2001. Traduzido por Paul Wiliekens, 0906/2001. Disponível em://www.apase.org.br/94.

Várias são as possibilidades de exercer atos que ensejam a ocorrência da alienação parental, por isso é muito importante que tal prática seja reconhecida em sua fase inicial, evitando assim seus efeitos e transtornos nos menores.²¹

3.5 Situações Facilitadoras à Prática de Alienação Parental e Sua Prevenção

A prática da alienação parental pode ser desencadeada por diversas motivações, seja de ordem moral, religiosa, afetiva ou até mesmo patrimonial. E em todas elas há a ação de um agente opressor, o qual chamamos de alienador ou alienante, que se utiliza do espaço de tempo que possui junto ao menor para praticar os atos de alienação.

Segundo Jussara Schmitt (2013), tal prática é mais comum diante das relações de conjugalidade, parentalidade, ruptura da relação dos pais e na guarda unilateral.

No que tange a conjugalidade, esta decorre do vínculo conjugal, ou seja, do casamento entre duas pessoas, e é uma facilitadora da prática de alienação parental, porque durante a dissolução desse vínculo, os filhos havidos, ou não no casamento²², ficam em meio a disputa de interesses, presenciando conflitos, e até mesmo participando deles.

Estas reações podem ocorrer de forma intencional ou não, uma vez que os sentimentos ruins advindos com a dissolução da união podem gerar transtornos emocionais nos consortes (SANDRI, 2013).

Não obstante, o exercício da alienação pode se dar muito antes do divórcio dos pais, decorrendo da parentalidade, que está ligada a representatividade de cada membro de uma relação conjugal.

Quando já há o entendimento por parte de um ou ambos de que a dissolução conjugal ocorrerá, é neste impasse que os filhos são utilizados como objetos de manipulação entre eles, atuando como “correio de mensagens”, “vigia”, ou até mesmo sendo utilizados como objeto de chantagem emocional no outro cônjuge.

Com a efetivação do rompimento conjugal, em que o menor passa a ter maior contato com apenas um dos genitores, há também uma maior vulnerabilidade dos filhos a serem

²¹ MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. **Alienação parental e sua síndrome**. 01ª ed. Recife: Bagaço. 2011. P. 50. apud. PODEVYN, Francois. Síndrome da alienação parental. Disponível em://www.apase.org.br/94001-si ndrome.htm>. Acesso em 16 fev. 2007.

²² Com a evolução do conceito de família e o crescente número de filiações afetivas, os divórcios também podem apresentar litígios acerca da guarda dos menores envolvidos nestas relações, podendo ser alvo da prática de alienação parental, ainda que não sejam mães ou pais biológicos.

alienados pelo genitor convivente, que passa a impedir o convívio dos filhos com o outro genitor, e para isso utiliza de diversas artimanhas, baseadas na inveracidade de fatos.

Em suma a alienação parental é praticada pelos pais, entretanto estes não são os únicos alienadores, posto que além destes, os menores também podem ser vítimas da alienação parental praticadas por seus familiares, como avós, tios, primos, bastando que estes convivam com os menores, a ponto de adorarem as mesmas condutas alienantes, contra um ou ambos os genitores.

A intensidade e a recorrente prática de atos alienantes estão diretamente ligadas ao tempo em que o genitor alienante tem para manipular os filhos, desta forma, possuir a guarda destes, possibilita um maior domínio e controle físico e emocional, criando assim, barreiras e empecilhos na manutenção da convivência dos menores com o genitor que não detém os mesmos poderes de guarda.

Sendo assim, o guardião unilateral dos filhos, terá um maior domínio na vida destes, podendo valer-se de sua condição para prejudicar e minimizar ainda mais o poder familiar do outro genitor não detentor da guarda, para com os filhos.

Em consonância ao acima exposto, aduz Jussara Schmitt:

A guarda unilateral pode fomentar os sentimentos possessivos do genitor guardião em relação aos filhos, possibilitando a ocorrência da alienação parental. Diante disto, a decisão judicial que atribui a guarda do filho a um ou a outro genitor, deve estar calcada no princípio constitucional do melhor interesse da criança, quando não for possível a guarda compartilhada. (SANDRI, 2013, p. 153)

A guarda pode ser um fator preventivo da prática da alienação parental, porque ela está além da vontade das partes, que mesmo sendo ouvidas quanto a preferência desta, deve ser fixada pelo juiz, prezando sempre pelo superior interesse do menor.

Dentre as demais situações facilitadoras apresentadas, estas dificilmente podem ser controladas ou evitadas, já que os indivíduos gozam de livre arbítrio diante dos ditames legais, para criarem vínculo conjugal, exercer as atribuições concernentes a parentalidade e dissolver a união, caso desejem. Cabe nestes casos a conscientização de toda sociedade acerca dos perigos da prática de alienação parental, para que assim se possa tentar diminuir a ocorrência de forma preventiva.

Deste modo, percebe-se o quão importante é a figura da guarda, uma vez que em sua espécie unilateral, possibilita que um dos genitores detenha maior poder sobre os filhos, podendo essa vantagem ser um meio facilitador da prática da alienação parental.

3.6 Efeitos da Alienação Parental

A prática da alienação parental acarreta uma série de efeitos negativos nos menores, que podem variar de nível, de acordo com o estágio de alienação praticada.

Quanto mais cedo tal prática for reconhecida e sustada, menos prejuízos as crianças e adolescentes terão, caso contrário, ainda que cessada as investidas do alienante, o menor continuará a executar juízo desvalorativo e afastamento do genitor alvo, como consequência da prática reiterada de alienação por parte de seu alienador, ao passo que o próprio menor esboçará reações de repúdio e afastamento, difíceis de serem revertidas, conforme entendimento de François Podevyn, que com base nos levantamentos realizados por Richard Gardner, aduz:

O vínculo entre a criança e o genitor alienado será irremediavelmente destruído (GARDNER, § 66). Com efeito, não se pode reconstruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, se houver um hiato de alguns anos;
O genitor alienado torna-se um forasteiro para a criança. O modelo principal das crianças será o genitor patológico, mal adaptado e possuidor de disfunção. Muitas dessas crianças desenvolvem sérios transtornos psiquiátricos. (PODEVYN, 2001)

Muito embora, o alvo não seja a criança ou adolescente, estes são os mais afetados, posto que não se trata apenas de um sofrimento de rejeição e afastamento como os que os pais ou familiares sentem, trata-se de prejuízos que vão além destes sentimentos, pois se exteriorizam e atacam além do psicológico, o psicossocial destes menores, levando a transtornos psiquiátricos.

Com base na doutrina de Richard Gardner, François Podevyn elenca alguns efeitos causados nas crianças e adolescentes vítimas da alienação parental:

Os efeitos nas crianças vítimas da Síndrome de Alienação parental podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio. Estudos têm mostrado que, quando adultas, as vítimas da Alienação têm inclinação ao álcool e às drogas, e apresentam outros sintomas de profundo mal-estar. (PODEVYN, 2001)

Os efeitos da prática da alienação parental na vida dos menores, vão além da supressão do direito de convivência destes com seus genitores e demais familiares, afetam não apenas o convívio familiar, mas todo um sistema físico e psicossocial, uma vez que as crianças e

adolescentes vítimas da alienação parental, possuem suas vidas marcadas, tornando-se adultos com sérios problemas psiquiátricos, conforme o texto acima colacionado.

A saúde mental, assim como as demais garantias e proteção estatuídas na CRFB/88 deve ser preservada, de forma que a prática da alienação parental deve ser combatida, tanto de forma preventiva, quanto repressiva, para que assim as crianças e adolescentes gozem de proteção integral, cabendo não apenas a família, mas ao estado e toda sociedade, garanti-la.²³

3.7 Tipificação da Alienação Parental no Brasil: Lei 12.318/2010

As ações que envolvem disputa ou regulamentação de guarda são cada vez mais frequentes no judiciário e em sua maioria há indícios e questionamentos acerca da prática de alienação parental.

Diante disto, o estado, legislou sobre o tema, trazendo tipicidade para a conduta alienatória, com a implantação da Lei Nº 12.318/2010 no ordenamento jurídico brasileiro, que dispõe sobre a alienação parental, como forma de suprir as necessidades sociais e protetivas das crianças e adolescentes, trazendo punição para as práticas de alienação parental.

O Art. 2º da referida lei, apresenta o conceito legal da Alienação Parental, evidenciando as hipóteses e os indivíduos que podem praticar atos de alienação parental, além de alertar sobre as consequências, conforme aduz o presente dispositivo:

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. (BRASIL, 2010)

Para abarcar todas as formas de alienação parental cometidas contra crianças e adolescentes, o referido dispositivo tratou de não se ater apenas aos genitores como os sujeitos alienantes, incluindo também os parentes ou pessoa que detenha autoridade, guarda ou vigilância sobre os menores.

A lei da alienação parental traz ainda, no parágrafo único do art. 2º um rol exemplificativo de ações consideradas como práticas de alienação parental, entretanto, esse

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado, 2008. Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

rol não se exaure, sendo meramente exemplificativo, como já dito, podendo ser considerada ainda, outras atitudes que também revelem a natureza de manipulação psíquica nas crianças e adolescentes, conforme aduz o citado dispositivo:

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. (BRASIL, 2010)

Em consonância com a CRFB/88, a lei supracitada trata da prática da alienação parental como um abuso moral contra as crianças e adolescentes, que fere também o direito fundamental a convivência familiar, previsto na Constituição.

Além de conceituar e taxar de forma exemplificativa a alienação parental, a Lei Nº 12.318/2010, traz matérias de cunho processual, regulando quais as providencias na seara processual para o acionamento do judiciário para combater e reprimir tais atos.

Agora, com a implantação da lei da alienação parental, e a tipificação de sua prática, o judiciário pode atuar de forma preventiva e repressiva, requisitando sempre que achar necessário a realização de perícia psicológica ou psicossocial, para apurar os indícios de tais práticas.

3.8 Consequências Jurídicas da Alienação Parental

Como supramencionado, a Alienação Parental, caracteriza-se pela manipulação dos filhos, com a implantação de falsas memórias²⁴, podendo ser praticada pelos pais, avós ou demais pessoas que detenham a guarda dos menores, em face de um ou ambos os genitores.

²⁴ As expressão “falsas-memórias” caracteriza-se pela lembrança fabricada ou distorcida de um evento. É comumente utilizada em casos de Alienação Parental, quando o alienador utiliza de determinado evento distorcendo-o, fazendo a criança ou adolescente acreditar em fatos cujo contexto fora no todo ou em parte modificados de forma alienatória.

Viu-se também que tal prática fere os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, trazendo uma série de malefícios para estes, uma vez que acarreta em abuso e violência psicológica, podendo causar transtornos de difícil reparação.

Neste contexto, é imperioso destacar que caso sejam detectados indícios da prática de alienação parental, estes devem ser levados a conhecimento do judiciário, através de ação autônoma ou até mesmo de forma incidental em um processo, podendo ainda o próprio juiz, mesmo sem o requerimento das partes, agir de ofício, solicitando a realização de perícia psicossocial ou biopsicossocial²⁵, para averiguar se de fato a alienação parental está sendo praticada nos menores envolvidos nestas relações de ruptura conjugal, conforme preleciona Jussara Schmitt:

A alienação parental poderá ser reconhecida em ação autônoma ou de forma incidental, independentemente de requerimento específico, ou seja, poderá ocorrer numa ação de regulamentação de visitas, podendo o próprio juiz determinar a averiguação, caso observe eventual prática de atos de alienação parental. (SANDRI, 2013, P. 153)

Diante disto, caso reste comprovada a prática de alienação parental por um dos genitores, o juiz deverá tomar as devidas medidas cabíveis, para sustar e preservar os interesses dos menores.

O artigo 6º da Lei nº 12318/10, que versa sobre a prática de alienação parental, apresenta um rol de medidas a serem aplicadas em caso de comprovação desta conduta, senão vejamos:

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.²⁶

²⁵ Lei da Alienação Parental. Nº 12318/10. Art. 5º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acessado em 22 Abr. 2018.

²⁶Lei da Alienação parental. Nº 12318/10. Art. 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 08 de Mai. de 208

Dentre as medidas descritas, observa-se que reconhecida a prática de alienação parental, o juiz poderá aplicar cumulativamente ou não as medidas constantes nos incisos de I ao VII, a depender de cada caso concreto, que vai desde uma simples advertência, à suspensão da autoridade parental.

O inciso V, trata justamente da guarda como sendo um meio de rompimento da prática de alienação parental, posto que uma vez constatada tal prática, o juiz poderá fazer uso da guarda, como instrumento de ruptura das ações de alienação parental, para isso, ele analisa se a espécie de guarda em vigor possui relação de favorecimento e solidificação da alienação, e caso reste comprovada, o juiz fará a modificação da guarda, como um dos meios de cessação das práticas alienatórias.

4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO COMBATE A ALIENAÇÃO PARENTAL NA ESTIPULAÇÃO DA GUARDA

Conforme tratado nos capítulos anteriores, o Estado, a quem também é atribuído o dever de realizar a proteção integral da criança e adolescente, não atua apenas na seara legislativa, promovendo leis que tipificam as más condutas sobre os menores, atua também de forma educativa, repressiva e punitiva, através do Poder Judiciário, que por sua vez julga os atos violadores das leis.

É imperioso destacar que, não basta a criação de políticas públicas pelo Estado, em favor dos menores, se não houver uma sincronia com o poder judiciário, que deve atuar muito mais de forma preventiva, evitando que o mal assale os menores, que de forma remedialista.

Este capítulo aborda em primeiro plano, as consequências advindas da implantação das espécies de guarda pelo judiciário, em seguida passa a ser tratado a forma com que o judiciário atua na resolução de conflitos envolvendo a Guarda e a Alienação Parental, posteriormente será apresentado soluções que visam uma melhor atuação do poder judiciário nas ações que discutem esta problemática. Em ato contínuo, será demonstrado jurisprudencialmente, que a atuação do juiz é de fundamental importância para garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Desta maneira, assumindo o papel de protetor e preventor, agindo de forma a garantir a saúde e o bem-estar destes menores.

4.1 Solidificação e Rompimento da Alienação Parental Por Meio das Espécies de Guarda

A guarda da criança e do adolescente é comumente utilizada, visto que as relações familiares estão cada vez mais fluidas, se fazendo necessário tal instituto para regulamentar a situação dos menores envolvidos neste contexto.

Em um primeiro momento, quando ambos os genitores rompem os laços afetivos, pondo fim a união, ocorre além da partilha de bens, a decisão acerca do destino dos filhos, ou seja, já deve ser pensado com quem os mesmos ficarão.

Assim, preleciona Maria Berenice Dias:

Deixando os pais de viver sob o mesmo teto, é mister definir na companhia de quem vão morar os filhos que estão sujeitos ao **poder familiar**. Há a necessidade de saber, afinal, quem vai assumir os encargos decorrentes: ambos ou apenas um dos genitores. (DIAS, 2015, p. 116)

E esse é um momento extremamente importante, pois a presença de ressentimentos, insatisfação e revolta, podem levar os pais a tratarem da guarda dos filhos, não como um instrumento protetivo diante do desgaste físico e emocional causados pela separação, mas passam a ver a guarda como uma maneira de atingir o outro genitor, utilizando-a como uma verdadeira arma de vingança.

Sobre este assunto, assevera Maria Berenice Dias:

O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período de vida em comum. Passa a haver verdadeira disputa pelos filhos, além de excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos. (DIAS, 2015, p. 116)

E é realmente em uma verdadeira arma, que a guarda se transforma. Quando implantada de maneira inadequada a guarda pode se tornar uma forte aliada ao exercício da alienação, ou inclusive um meio solidificador de tal prática.

Isto por que, ainda que o poder familiar não se dissolva junto com a união conjugal, a espécie de guarda a ser implantada pode distanciar e/ou dificultar o convívio dos menores com um dos pais, privando assim o direito de convivência com os mesmos, de forma proporcional e igualitária. (DIAS, 2015)

Ocorre que a forma como vem sendo utilizada, faz com que a guarda, que inicialmente objetiva a proteção da criança e do adolescente, acabe atuando como um meio opressor, na medida em que é utilizada tal qual instrumento de represália e vingança.

Como já se pode observar na leitura anterior, um dos fatores facilitadores da prática da alienação parental é o tempo em que o alienante possui com os menores em seu poder, uma vez que por tê-los por mais tempo em sua companhia, possuem maior domínio sobre os mesmos, controlando sua rotina diária e vigiando seu comportamento, não permitindo que o outro genitor consiga manter os mesmos laços afetivos que outrora, ainda que a estes sejam resguardados o direito-dever²⁷ de visitas.

Neste prisma, pode-se atentar que a guarda em sua espécie unilateral, por ser imposta exclusivamente a um dos genitores, torna-se um meio facilitador e solidificador da prática da alienação parental, conforme esclarecimento de Jussara Schmitt:

²⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.p. 169. O direito de visitas é um direito que os pais possuem para com seus filhos, contudo, também se apresenta como um dever, posto que o direito de visitas pertence primordialmente aos filhos, que possuem o direito de ter ambos os pais convivendo consigo e participando de sua criação.

A guarda unilateral pode fomentar os sentimentos possessivos do genitor guardião em relação aos filhos, possibilitando a ocorrência da alienação parental. Diante disto, a decisão judicial que atribui a guarda do filho a um ou a outro genitor, deve estar calcada no princípio constitucional do melhor interesse da criança, quando não for possível a guarda compartilhada. (SANDRI, 2013, p. 153)

Esta espécie de guarda, continua sendo a mais implantada no judiciário, e isto se deve por vários fatores. Primeiro pela questão histórica, por ser a primeira espécie de guarda implantada no judiciário, e por ser também comumente utilizada informalmente por decisão dos próprios genitores; segundo pela questão cultural, ficando os filhos menores quase sempre aos cuidados da mãe, por questões relacionadas a maternidade e ao antigo papel da mulher na sociedade. (DIAS, 2015)

Cumprе ressaltar que a prática da alienação parental na guarda unilateral pode não ter apenas a finalidade de punição e vingança, ela pode ter finalidade de cunho econômico, podendo ser utilizada como um meio de garantir a manutenção do genitor guardião, uma vez que através da fixação de alimentos, para os filhos menores, o(a) genitor(a) prefere a guarda unilateral, pensando além do desejo materno, em sua própria subsistência, já que muitas vezes a ruptura conjugal afeta a parte financeira da família.

Por outro lado, pode ser base de conflitos dessa mesma natureza alimentar, por parte do genitor não detentor da guarda, uma vez que a guarda unilateral possa ser questionada, não pela priorização dos interesses dos filhos, mas como forma de tentar minorar os valores pagos a título de alimentos.

Sob esse entendimento, Eveline de Castro Correia, discorre:

A influencia econômica no padrão social gera uma insatisfação que reflete na relação com os filhos. O alimentante opõe-se a esta obrigação, achando o ônus pesado e tenta modificar a situação da guarda, no intento de minorar o valor pensionado. Todos esses conflitos se refletem de forma negativa na aceção do filho ao novo contexto de família que irá enfrentar.²⁸

Já a guarda compartilhada, inseria no Código Civil Pátrio de 2002, pela Lei nº 13.058/14, é a espécie de guarda em que ambos os pais são detentores de direitos e deveres do

²⁸ SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais.** 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.153. apud. CORREIA, Eveline de Castro. Análise dos meios punitivos da nova lei de alienação parental. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, p. 88, 01 maio 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9272. Acesso em: 02 fev.2012.

menor, exercendo-os de forma conjunta, primando assim pela preservação da convivência com ambos os genitores ou substitutos.

Nesta espécie de guarda, que já é uma tendência mundial (MAGALHÃES, 2011), embora haja o rompimento conjugal dos genitores, o vínculo e a convivência familiar não são afetados, pois na guarda compartilhada os direitos e encargos com a criação dos filhos são iguais, conforme preleciona Maria Valéria de Oliveira Correia Magalhães:

Dessa maneira, essa nova modalidade de guarda objetiva minimizar as consequências do rompimento conjugal, atrelando os pais de forma conjunta na criação dos filhos, que participando das decisões importantes, assistem efetivamente os mesmos com autoridade legal, cuidando principalmente do bem-estar com uma maior intensidade que na guarda não compartilhada. (MAGALHÃES, 2011, p. 22)

Deste modo, sob a ótica do superior interesse da criança e adolescente, e sob seu direito de convivência com ambos os pais, resta claro que a guarda compartilhada é a espécie que mais protege os menores diante das mudanças trazidas com a separação dos pais.

Infelizmente, a guarda compartilhada, apesar de ser a modalidade que mais preze pela proteção dos direitos dos menores, ainda é muito pouco utilizada. Isso se deve ao fato da escolha da espécie de guarda estar intimamente ligada a relação entre os genitores, uma vez que em caso de dissolução conjugal conflituosa, torna-se muito difícil, requerer a guarda compartilhada, pois os pais preocupam-se muito mais com o estado emocional em que se encontram, que com o superior interesse dos filhos (DIAS, 2015).

Ocorre que, para ser implantada e surtir os efeitos previstos, a guarda compartilhada só é cabível quando ambos os pais em comum acordo a desejam, posto que seria um sério risco a proteção integral do menor, ficar sob a guarda de um genitor de forma forçada. Desta feita o Art. 1.584 do CC/02 em seu § 2º, aduz que embora a regra seja a de implantar a guarda compartilhada, nos casos de discordância sobre a mesma, o juiz deixará de implantá-la caso um dos genitores não a deseje.

O parágrafo em comento, traduz proteção ao menor, demonstrando que a guarda compartilhada, implantada de forma forçada, pode ser um meio facilitador e solidificador da prática de alienação parental, pois como os assuntos pertinente a criação dos filhos cabe a ambos os pais de forma igual, poderia haver aí um conflito de interesses, de quem pode mais, de quem possui maior autoridade, seria um verdadeiro “manda e desmanda”. Isto posto, feliz foi a inserção desse parágrafo, visando a proteção da criança e do adolescente, ainda que em se tratando de guarda compartilhada.

Superado isto, é importante frisar que embora a guarda compartilhada também possa ser palco de conflitos de natureza alienar, esta dificilmente ocorre, pois como já fora explicitado, a guarda compartilhada é implantada quando ambos os genitores consentem na criação dos filhos de forma conjunta.

Este é grande desafio do judiciário, dirimir o litígio acerca da guarda e conscientizar as partes sobre os benefícios da guarda compartilhada, esclarecendo as dúvidas e questionamentos que permeiam a ignorância das pessoas sobre o tema. Isto por que em muitos casos onde guarda compartilhada poderia ser perfeitamente implantada, deixou de ser devido à falta de conhecimento dos ex-cônjuges, principalmente em relação aos alimentos e a moradia dos menores.

Também prevendo a necessidade de esclarecimentos acerca da guarda compartilhada, o legislador, preconiza no art. 1.584, § 1º do CC/02 que o juiz informará as partes as vantagens da guarda compartilhada, esclarecendo questões acerca do exercício de guarda.

Muitas pessoas acreditam que a guarda compartilhada acarreta na dupla moradia dos filhos menores, por espaços de tempos iguais para ambos os cônjuges, pois bem, até então está-se falando da guarda alternada, a qual veremos a seguir, posto que na guarda compartilhada, os filhos podem passar a residir com um dos cônjuges, todavia, todos os atributos inerentes a guarda será exercido por ambos os cônjuges.

Além destas duas espécies de guarda previstas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a guarda unilateral e a guarda compartilhada, existem ainda as espécies de guarda, monoparental e alternada.

Ambas as espécies, embora não esteja descritas no ordenamento jurídico brasileiro, são consideradas pela doutrina, modalidades de guarda, cabendo a cada uma, características peculiares.

A guarda alternada, parece ser a princípio um modelo de guarda em que os menores convivem de forma semelhante a guarda compartilhada, entretanto as duas não se confundem, já que na guarda alternada, os menores passam a conviver por “temporadas” alternadas com cada um dos pais, por vez, e ao contrário da guarda compartilhada, os guardiões não exercem-na simultaneamente, posto que a guarda é transmitida também alternadamente, possuindo-a o que detiver os menores em sua “temporada”.

Nesta espécie de guarda, não há limites de tempo de convivência determinados, podendo os menores passarem tempos distintos com cada guardião. Observe-se que o convívio nessa modalidade de guarda não ocorre em conjunto, há uma interrupção do direito-dever de guarda de um genitor em detrimento do outro.

Destarte, a guarda alternada também pode favorecer a prática ou solidificação da alienação parental, uma vez que os genitores, familiar, ou determinado indivíduo que exerça tal poder sobre os menores, possa se valer da guarda temporária exclusiva para cometer práticas abusivas, como manipulação psíquica, redefinindo a imagem do outro genitor na mente dos menores, ou incentivando-os de diversas formas, seja de cunho materialista ou sentimental, a permanecerem em definitivo com os mesmos, objetivando assim, a quebra da alternância ou até mesmo atuando de forma solidificadora, onde ainda que não haja quebra da alternância, torna a vida do outro genitor em um verdadeiro tormento, causado pela manipulação praticada pelo alienante.

A guarda monoparental, adveio do novo conceito de família, trazido com a CRFB/88, nesta espécie de guarda, não se vislumbra a prática de alienação parental, direcionada a atingir o outro genitor, já que nesta modalidade de guarda a família é composta por apenas um dos genitores ou substituto, titular do poder parental e a(s) criança ou adolescente (s).

Entretanto, a alienação parental pode se fazer presente, caso, muito embora os menores sejam reconhecidos por apenas um dos genitores, compondo uma família monoparental, este pode proferir palavras de ódio e rancor contra o genitor que não assumiu a paternidade/maternidade do filho, gerando nestes, um sentimento de revolta e abandono, ainda que não os conheça.

Deste modo, caso haja o reconhecimento de paternidade ou maternidade dos filhos, será também discutida a regulamentação da guarda, e neste contraponto, pode haver indícios da prática ou já da síndrome da alienação parental, o que é muito difícil de detectar, uma vez que será difícil saber se os comportamentos dos menores são próprios do abandono afetivo, ou se provocados pela alienação parental.

Ante o exposto, observa-se que todas as espécies de guarda podem ser utilizadas de forma a facilitar e até mesmo solidificar a prática da alienação parental, uma vez que para que a alienação se instale, basta que haja o contato dos menores com os alienadores, na proporção de quando maior for o tempo juntos, maior será o exercício da alienação.

Contudo, embora as espécies de guarda supracitadas possam ser meios solidificadores da alienação parental, as guardas unilateral e compartilhada podem se transformar em barreiras impeditivas de tal prática, através de sua correta implantação, ou seja, a análise minuciosa, realizada através de estudo psicossocial, avaliando o posicionamento dos pais, familiares e dos menores, poderá nortear a decisão do magistrado na

escolha e fixação de determinada espécie de guarda, ou homologar, após ouvido o Ministério Público, a guarda escolhida pelos genitores, desde que seja a mais adequada.

A guarda unilateral, de fato não é a que mais prioriza e beneficia os direitos e prerrogativas dos menores, entretanto, a mesma pode vir a ser implantada em casos excepcionais, com o objetivo de sustar a prática de alienação parental, nos casos em que mesma esteja sendo praticada ante a inviabilidade de outras espécies de guarda, ou quando fica constatado que um dos genitores, ou até mesmo ambos, não sejam considerados aptos exercerem a guarda conjunta ou alternada dos filhos menores, cabendo então a implantação da guarda em seu regime unilateral, garantido ao menor o seu direito de visitas, de forma assistida com o outro genitor.

Vale frisar que esta é uma medida a ser utilizada em casos excepcionais, após auferida a impossibilidade da implantação ou continuidade da guarda em sua espécie compartilhada, conforme expõe Jussara Schmitt:

Diante disto, a guarda unilateral, em que pese resguardar o direito de visitas ao outro genitor, é campo fértil para a ocorrência do fenômeno da alienação parental, sobretudo quando do rompimento da vida conjugal for resultado de uma vida instável, cuja a configuração familiar tenha sofrido sérias disfunções. Assim, sempre que possível, o ideal seria atribuir a guarda compartilhada, que permite uma convivência mais próxima entre os pais e filhos, e requer, ainda, uma participação mais efetiva de ambos os genitores, desestimulados, deste modo, os pensamentos alienantes naquele que se sente mais fragilizado com o fim do relacionamento. (SANDRI, 2013, p. 154)

Destarte, entende-se que todas as espécies de guarda podem se tornar instrumento de solidificação ou rompimento da prática da alienação parental, dependendo da forma e em que situações venham a ser implantadas.

Todavia, dentre as espécies de guarda supracitadas, a guarda compartilhada, destaca-se, por sua natureza participativa de ambos os genitores, mostrando-se um forte instrumento preventivo e repressivo, contra a prática da alienação parental, devendo ser sempre incentivada, como bem-dispõe o próprio CC/02, em seu Art.1584, §1º²⁹.

4.2 A Atuação do Juiz nas Ações que Versam Sobre Guarda

²⁹ BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília. Senado, 2008. Art. 1.584, § 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Nas dissoluções conjugais, quando há interesse de menor envolvido, no que tange especificamente à sua guarda, há um grande desafio, por parte do judiciário, em preservar ao máximo a integridade física e psíquica das crianças e adolescentes inseridos no processo de separação dos genitores.

Todavia, os juízes vêm se comportando de forma diversa do que preconiza a legislação pátria, no tocante as orientações acerca da fixação da guarda de crianças e adolescentes.

Basta uma breve pesquisa na Justiça de 1º Grau para que se constate que a espécie de guarda mais implantada ainda continua sendo a Unilateral, concedida a genitora.

Isto se dá ao fato de haver uma cultura voltada para a ideia de que a mulher, é a pessoa ideal para criar os filhos, devido seus dotes domésticos. E mesmo com a evolução da mulher no espaço social, sua independência e inserção no mercado de trabalho, se perpetua a ideia de que seu aspecto maternal justifica ser a preferência pela fixação da guarda unilateral.

Sobre esta constatação, Thais Tononi Batista esclarece:

De certo modo, a cresça na ideia de que a mulher é quem realiza de forma adequada os cuidados dos filhos, sendo ela predestinada para tal, parece repercutir nas decisões prolatadas pelo Poder Judiciário de todo o país que ainda garantem, em sua maioria esmagadora, a guarda unilateral dos filhos às mães. (BATISTA, 2018)

Ante o exposto, observa-se que a exceção se transforma em regra, posto que a regra é a implantação da guarda compartilhada, devendo ser a primeira opção considerada pelo juiz.

Entretanto, embora conste no ordenamento jurídico brasileiro que a guarda deva ser fixada pelo juiz, com base no superior interesse do menor, o critério norteador para a implantação de determinada espécie de guarda, continua sendo a vontade das partes³⁰, que em ações de divórcio, dissolução de união estável, cumulada na ação de alimentos, medida cautelar ou na própria ação de guarda, informam na petição inicial sobre o acordado e o juiz, após as vistas do Ministério Público, consente o acordado sem se ater a maiores detalhes.

Cumprе ressaltar que é dever dos pais, do estado e de toda sociedade proteger as crianças e adolescentes de forma integral, sendo assim, mesmo que os pais informem em comum acordo sobre a guarda requerida, cabe ao juiz analisar se de fato o acordado entre os pais configura o melhor interesse dos filhos, conforme preleciona Maria Berenice Dias:

³⁰ Conforme dispositivo inserido no Código Civil de 2002³⁰: 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.

Mesmo que a definição da guarda e da visitação esteja a cargo dos pais, o que for acordado depende da chancela judicial, o que só ocorre após ouvida do Ministério Público. [...] Evidenciando que o acordado não atende aos interesses dos filhos, o juiz pode deliberar de forma diversa, tendo até a faculdade de não homologar a separação (CC.1.574 parágrafo único). (DIAS, 2015, p. 394)

Este olhar atento, é de suma importância, pois, o consentimento dos pais em relação a guarda, não implica dizer que por ser algo acordado amigavelmente, seja o melhor para os filhos. Por trás de uma guarda aparentemente consensual, pode haver coação, ou outros interesses que não sejam o de proteção e melhor interesse dos filhos.

Desta forma, o juiz não deve levar em consideração apenas as vontades dos genitores, no tocante a guarda, pois não são eles quem devem ditar a melhor espécie de guarda a ser fixada, mas, todo o contexto do histórico familiar, que permitirá ao juiz analisar se a guarda requerida por ambos os genitores, de forma consensual realmente é a que melhor atente aos interesses dos filhos.

Passada a análise do posicionamento do juiz ante os requerimentos de guarda, pelos pais de forma consensual, é oportuno aclarar sobre os casos em que os genitores não chegam a um consenso, gerando assim uma situação conflitante, e extremamente delicada.

Nestes casos, mister se faz que o juiz utilize de sua oratória para dirimir a lide, sempre mostrando que o bem-estar dos filhos é o mais importante, fato este, que ocorrerá logo na primeira audiência, que é a de conciliação, uma novidade trazida pelo CPC/15, constante no artigo 334³¹.

Durante a audiência de conciliação, o juiz deve esclarecer sobre os benefícios da guarda compartilhada, conforme determina o Art. 1.584, §1º do CC/02:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). (BRASIL, 2002)

Permanecendo a disputa da guarda dos filhos, o juiz decide a guarda que será implantada, e é justamente nesse momento que se torna indispensável o auxílio de uma equipe de profissionais capacitados, para a realização de um estudo psicossocial, onde serão

³¹ BRASIL. **Código de processo civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: SEGRA. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

avaliados sócio e psicologicamente os pais e os filhos, gerando um relatório, que irá servir de auxílio ao juiz, para que o mesmo possa decidir qual a espécie de guarda que melhor atenderá os interesses dos menores.

A elaboração deste relatório se torna importante por ser uma forma de auxiliar o juiz a detectar indícios de alienação parental nas crianças e adolescentes, uma vez que, sozinho torna-se muito difícil, necessitando assim de profissionais como assistentes sociais e psicólogos para atuar de forma analítica e investigativa.

4.3 Importância da Equipe Multidisciplinar na Vara de Família: análise e acompanhamento psicossocial

Diante do turbilhão de emoções provenientes da dissolução conjugal, a escolha da guarda pelos genitores, pode acarretar grandes transtornos para os menores, uma vez que a maioria dos divórcios são conflitantes e nesse momento, o que impera são as mágoas e ressentimentos.

Posto que, em grande parte dos casos de rompimento dos vínculos conjugais, ainda que não envolvam litígio aparente, existe a vontade das partes, seus desejos os levam a requerer o que melhor lhes prouver, e muitas vezes são os seus interesses pessoais que determinam o tipo de guarda a ser requerida no judiciário.

Portanto, para garantir a correta implantação é necessário que na vara de família haja uma equipe multidisciplinar, que inclua além do advogado, Ministério Público e Juiz, profissionais da área de Serviço Social e Psicologia.

A presença da multidisciplinaridade é de extrema importância, pois atua como um agente facilitador durante as discussões sobre a guarda, com a atuação de profissionais habilitados a realizar um estudo psicossocial, anterior a escolha da guarda a ser implantada, nos casos em que haja a suspeita da prática de alienação parental, conforme entendimento de Jussara Schmitt:

É preciso que os operadores de Direito tenham conhecimento da relevância da atuação multidisciplinar em demandas que envolvam conflitos familiares, pois, sem o auxílio de profissionais habilitados a trabalhar e entender os sentimentos das pessoas, que normalmente já estão fragilizadas diante da ruptura familiar, sob pena de se deparar com julgamentos frios, eivados de objetividade, mas que, na verdade, não se coadunam com a realidade e a necessidade das pessoas envolvidas naquela questão. (SANDRI, 2013, p. 161)

No estudo psicossocial, será possível avaliar o relacionamento dos menores com os genitores, além de detectar se entre a relação de pais e filhos já existe a prática da alienação parental.

Este estudo é feito com base em critérios legais, estabelecidos na própria Lei da Alienação Parental, constante no Art. 5º, §1º e 2º, ao estabelecer:

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.

§ 2o A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. (BRASIL, 2010)

Em se tratando de males que ameaçam a integridade física e psíquica dos menores, não se pode agir apenas repressivamente, conforme preconiza o princípio da proteção integral da criança e adolescente, pois é melhor prevenir do que remediar.

Desta forma, além da necessidade de realização de um estudo psicossocial prévio, é indispensável que haja um acompanhamento familiar, caso tenha sido constatada a prática de alienação parental.

Isto porque, não basta apenas constatar tal prática e punir o alienador, é necessário que os menores vítimas da alienação sejam acompanhados, para averiguar se as medidas impostas pelo juiz foram de fato as mais adequadas, e acompanhar a evolução e inserção do alienador de volta ao convívio com o alienado, já que embora o alienador seja punido, a criança e adolescente não pode ter seu direito de convivência cerceado.

Sendo assim indispensável que seja realizada uma avaliação posterior as medidas aplicadas pelo juiz, para acompanhar e saber se de fato houve a ruptura da alienação parental, ou se o alienador ainda apresenta risco ao menor que fora alienado.

É de fato, um grande desafio para o juiz, tratar de tema tão complexo, sem os instrumentos necessários a auxiliar as tomadas de decisões, e maior desafio ainda é decidir sobre o destino dos menores, sem um embasamento específico e concreto, ante a falta de uma equipe que o auxilie.

Diante da ausência de equipe multidisciplinar, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 036/2014, estabelecendo prazos para que os tribunais de justiça de todo o país

compusessem em seu quadro equipes multidisciplinares, para não só atuarem na vara da infância e da Juventude, mas para auxiliar também as demais varas, incluindo a de Família, conforme constatamos no Art. 7º, II, do referido provimento:

Art. 7º. Recomendar às equipes multidisciplinares do Poder Judiciário que:
[...]

II- estabeleçam uma relação de proximidade e parceria com as equipes técnicas, com atuação nos municípios, de modo a garantir a efetiva e imediata realização das intervenções protetivas que se fizerem necessárias, junto às crianças, adolescentes e suas famílias, assim como eventual realização, de forma espontânea e prioritária por parte do Poder Público, das avaliações, abordagens, atendimentos e acompanhamentos complementares, enquanto se aguarda a decisão judicial.³²

Conforme vimos anteriormente, a guarda pode ser tornar um instrumento de rompimento e de solidificação da alienação parental, e é justamente na falta de uma equipe multidisciplinar, composta por profissionais que auxiliem na realização de estudo psicossocial, anterior e posterior a implantação da guarda, ser fixada de forma errada, e acabar solidificando a alienação parental exercida em crianças e adolescentes.

4.4 Resolução de Litígios que Envolvem a Guarda: análise jurisprudencial

As ações que envolvem disputa ou regulamentação de guarda são cada vez mais frequentes no ordenamento jurídico brasileiro e em sua maioria há indícios e/ou questionamentos acerca da prática de alienação parental.

O judiciário por sua vez, deve agir sempre de acordo com os princípios norteadores dos direitos das crianças e adolescentes, buscando a melhor forma de solucionar esses conflitos.

O grande desafio é conseguir atuar de forma preventiva, conforme tratado anteriormente, mas, quando não acontece, o poder judiciário deve agir repressivamente, rompendo a prática da alienação parental e punindo o alienante, conforme julgados que veremos a seguir.

Diante disto, para melhor compreensão do tema abordado no presente trabalho, será apresentado abaixo, jurisprudências selecionadas através de julgados que comprovam do

³² O citado dispositivo advém do Provimento de nº 036/2014, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, face a necessidade de atuar no judiciário, através do estabelecimento de prazos para que os tribunais de justiça implantassem equipes multidisciplinares, devidamente capacitada, para atuarem nas Varas de Família, bem como nas Varas de Infância e Juventude, para assim, auxiliarem o douto julgador nas decisões de superior interesse das crianças e adolescentes. O referido provimento pode ser acessado através do endereço eletrônico: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/provimento_36.pdf.

campo do judiciário, cada um dos pontos abordados nesta obra, restando claro a comprovação de que o Instituto da Guarda pode ser um parâmetro de Alienação Parental, além de também poder ser utilizado pelo judiciário como instrumento de ruptura de tal prática, e que, caso não seja implantada corretamente, pode se tornar um instrumento de solidificação da prática de Alienação Parental.

Ademais, será demonstrado que as decisões de 1º grau, concernentes na implantação da Guarda, de forma genérica, são passíveis de reforma pelo Tribunal de Justiça Estadual.

Segue a 1ª jurisprudência, em que a figura da guarda foi utilizada como instrumento preventivo da prática de alienação parental, que poderia vir a ser exercida por um dos genitores, detectada através de análise e parecer psicológico, demonstrando assim o quão é importante a atuação de uma equipe multidisciplinar e como o Instituto da Guarda pode se transformar em um instrumento de prevenção a prática da alienação parental.

Segue julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO PARENTAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. 1. SE OS ELEMENTOS DOS AUTOS, ESPECIALMENTE O PARECER TÉCNICO PSICOSSOCIAL, NÃO DEMONSTRAM A OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL, INVIÁVEL RECONHECER QUALQUER INTERFERÊNCIA POR PARTE DE UM DOS GENITORES NA FORMAÇÃO PSICOLÓGICA DO MENOR. 2. A GUARDA COMPARTILHADA PRESSUPÕE UMA CONVIVÊNCIA PACÍFICA ENTRE OS GENITORES, ALÉM DE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO O MELHOR INTERESSE DO MENOR. 3. OS ALIMENTOS DEVEM SER MANTIDOS, PORQUE FORAM FIXADOS EM HARMONIA COM O BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-DF - APC: 20121110003160 DF 0001479-39.2012.8.07.0001, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 21/05/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 27/05/2014. Pág.: 136).

No caso em tela, a genitora da menor, inconformada com a Ação de Guarda Compartilhada, imposta pelo genitor da infante, alegou que o mesmo praticava alienação parental, e que por este motivo a criança não poderia ter a casa do genitor como residência fixa, apelando assim da decisão.

A Colenda Câmara negou provimento ao recurso, fundamentando a decisão na ideia de que a guarda compartilhada é a que melhor atende os interesses da menor e que após a realização de estudo psicossocial, a alegação de alienação parental praticada pelo pai, não restou comprovada, não havendo motivos para modificar a guarda para a espécie unilateral, ou estabelecer residência fixa da menor com a mãe, uma vez que também restou comprovado

no estudo psicossocial que o genitor possui melhores condições de ter a menor residindo consigo.

Na 2ª jurisprudência, também é reforçada a ideia de que a guarda deve ser modificada com vistas a atender o superior interesse da criança e adolescente, caso se verifique que a implantação de determinada espécie de guarda pelo judiciário, não atende aos interesses dos menores, senão apenas o dos pais. Fato que é comum na justiça de 1º grau, como já fora visto.

Segue julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

ACÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, CONVIVÊNCIA FAMILIAR. GUARDA COMPARTILHADA. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. A sentença atacada merece ser reformada apenas no ponto que definiu a guarda unilateral em favor do genitor, devendo ser estabelecida a guarda compartilhada, mas determinando que o referencial de moradia do menor seja a casa paterna, pois o menor está com o genitor há alguns anos, estando bem adaptado a rotina familiar paterna, no mais a sentença deverá ser mantida. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70075071803, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/10/2017). (TJ-RS - AC: 70075071803 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 24/10/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/10/2017)

Na jurisprudência acima exposta, comprova a ideia de que os juízes aplicam a guarda unilateral sem maiores questionamentos, posto que neste caso, ambos os genitores pleitearam a guarda do filho. É importante ressaltar que o art. 1584, 2º do CC/02, aduz que em caso de conflitos entre os pais acerca da guarda dos filhos, estando os dois aptos a exercerem-na, o juiz aplicará a guarda compartilhada.

O artigo em comento aborda a mesma situação vivenciada no caso acima exposto, todavia o juiz, em atitude contrária, concedeu a guarda unilateral, prejudicando assim, o direito de convivência do menor com ambos os pais, uma vez que embora a guarda unilateral garanta o direito de visitas, ela também restringe os poderes dos pais para com os filhos.

Diante disso, a colenda câmara concedeu provimento parcial, no tocante a espécie de guarda, que foi modificada, passando a ser compartilhada, por melhor atender os interesses do infante.

Outra situação bastante interessante, foi a do julgado que segue abaixo exposto, onde o Ministério Público, exercendo sua função fiscalizadora, questionou a atitude do juiz em

conceder a guarda unilateral do filho menor a mãe, sem a realização da análise de cabimento e conveniência da guarda compartilhada.

Mais uma vez, estamos diante de uma das muitas sentenças em que o juiz concede a guarda unilateral sem questionamentos.

Segue julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NO RITO ORDINÁRIO AJUIZADA PELA MÃE EM FACE DO GENITOR PRETENDENDO A GUARDA DO FILHO MENOR, ATUALMENTE COM OITO ANOS. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINARMENTE, REQUER A ANULAÇÃO, CONSIDERANDO NÃO TER HAVIDO ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO DO CASO. NO MÉRITO, PLEITEIA A GUARDA COMPARTILHADA. APELAÇÃO DO RÉU. REQUER A GUARDA COMPARTILHADA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DO ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO. PREJUDICADA A APELAÇÃO DO RÉU. Ação de guarda ajuizada pela genitora do menor (atualmente com oito anos de idade), em face do pai. Alega que exerce a guarda de fato do menor desde o nascimento e pretende a guarda definitiva para levar o filho para morar na Argentina, para onde pretende se mudar. Sentença julgando procedente o pedido. Apelação do Ministério Público. Preliminarmente, requer a anulação da sentença, eis que não se realizaram estudos social e psicológico, pretendendo sua realização. Caso seja superada essa premissa, pleiteia a guarda compartilhada. Apelação do réu. Pleito de guarda compartilhada. Sentença que merece anulação. Preliminar de anulação arguida pelo MP que se acata. Sendo o destinatário da prova, o Magistrado não é mero espectador da luta das partes, podendo, a seu juízo, deferir ou indeferir as diligências inúteis ou determinar quais devam ser produzidas e quais são estéréis à formação do seu convencimento ou protelatórias, sem que isso caracterize cerceamento de defesa. Ocorre que, em situações envolvendo menor, os estudos social e psicológico se mostram imprescindíveis para aferição do superior interesse do mesmo. No caso, verifica-se que o juízo a quo, para formar sua convicção acerca dos fatos em questão e julgar procedente o pedido, considerou essencialmente a prova oral, consubstanciada nas declarações das partes e testemunhas. Por motivos óbvios as partes tendem a fazer um juízo de valor que os favoreça, egoisticamente, ao entendimento de que possuem melhores condições de ter a guarda do menor e suprir suas necessidades. Vê-se que também foi considerado o estudo social realizado nos autos da autorização judicial para viagem ao exterior. O fato de o estudo social ter sido feito em outro contexto, nos autos em que se pretendia apenas uma autorização judicial para viagem, e não a guarda definitiva, para fins de residir no exterior, reforça a necessidade da realização, no presente feito, de um novo estudo social, além do psicológico. Diante das compreensíveis contradições entre as partes e sem fazer ilações sobre quem deteria a verdade, já que um único fato pode ter diferentes versões a partir da vivência de cada um, ganha mais peso a necessidade de se realizar estudo social e psicológico do caso por profissionais de confiança do juízo, eis que suas conclusões necessariamente trarão uma posição isenta sobre a questão, que certamente será de grande valia para subsidiar melhor o entendimento do juízo. Se por fim, mesmo com as diligências levadas a efeito, não se obtiver resultado mais efetivo, ao menos se terão esgotado os meios para prestação da jurisdição mais consentânea aos objetivos da proteção integral acolhida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ANULAR A SENTENÇA E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, COM REALIZAÇÃO DO ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO. PREJUDICADA A APELAÇÃO DO RÉU.

(TJ-RJ - APL: 00058105520138190208 RJ 0005810-55.2013.8.19.0208, Relator: DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES, Data de Julgamento: 17/06/2015, DÉCIMA QUARTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 23/06/2015 15:00)

Neste caso fora observado que não houve estudo psicossocial que respaldasse a decisão do magistrado, sendo assim, o Órgão Colegiado, concedeu provimento ao MP, anulando a sentença, determinando que fosse realizado um estudo social e psicológico que embasasse a estipulação da guarda.

Isto posto, resta claro que a falta de um estudo psicossocial nas ações de disputa de guarda, são passíveis de nulidade.

Segue um último caso, demonstrando jurisprudencialmente que o Instituto da Guarda, no seio do judiciário é um forte instrumento de ruptura da prática da alienação parental.

Segue julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. 3. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda. 4. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70067827527, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/03/2016).

(TJ-RS - AI: 70067827527 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 16/03/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2016)

Este é um caso em que a modificação emergencial de guarda a princípio foi negada em primeira instância, sendo assim o genitor impetrou recurso cabível da tutela pleiteada, negada em decisão interlocutória, qual seja o Agravo de Instrumento.

Na segunda instância seu pedido foi acatado, posto que restou comprovada a prática de alienação parental, que poderá vir a ser modificada novamente ou mantida com o genitor, a depender o desenrolar do processo.

Este caso nos mostra que a substituição da guarda pode ser feita em casos excepcionais, sustando a prática da alienação parental, tão prejudicial aos menores, configurando assim em um instrumento de ruptura da alienação parental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da evolução do conceito de família e a nova figura da mulher na sociedade, as relações conjugais passaram a ser muito mais fluidas, uma vez que o matrimônio não é mais indissolúvel. E no decorrer dos anos com esta evolução, o número de divórcios e dissoluções de união estável cresceram consideravelmente, acarretando assim na restrição do convívio dos filhos com ambos os pais.

Consequentemente, as ações que envolvem disputa ou regulamentação de guarda são cada vez mais frequentes em nosso ordenamento jurídico, com indícios e questionamentos acerca da prática de alienação parental.

Embora o estado tenha atuado de forma positiva, inserindo em seu ordenamento jurídico a lei nº 13.058/14, que trata da Guarda Compartilhada, esta continua sendo menos implantada que a guarda unilateral.

Com a aplicabilidade desenfreada da guarda em seu regime unilateral, e o grande número de ações de alienação parental no seio do judiciário, fez-se mister analisar se de fato há ligação entre a constante implantação da guarda unilateral e o grande número de litígios envolvendo a disputa da referida espécie de guarda, tendo como motivação e principal queixa à prática de alienação parental.

Destarte, o presente estudo mostra que todas as espécies de guarda, incluindo as de origem doutrinária e jurisprudencial, como é o caso da guarda monoparental e alternada, podem ser utilizadas de forma a facilitar e até mesmo solidificar a prática da alienação parental, uma vez que para que a alienação se instale, basta que atrelado ao animus do alienante haja o seu contato com os menores, na proporção de que quando maior for o tempo juntos, maior será o exercício da alienação.

Embora as espécies de guarda supracitadas possam ser meios solidificadores da alienação parental, estas também podem se transformar em barreiras impeditivas de tal prática, através de sua correta implantação, ou seja, a análise minuciosa, realizada através de estudo psicossocial, avaliando o posicionamento dos pais, familiares e dos menores, poderá nortear a decisão do magistrado na escolha e fixação de determinada espécie de guarda, ou homologar, após ouvido o Ministério Público, a guarda escolhida pelos genitores, desde que seja a mais adequada.

Para tanto, o judiciário deve estar preparado para dirimir estes litígios acerca da disputa de guarda, o que em suma não ocorre.

A falta de profissionais capacitados e habilitados a comporem uma equipe multidisciplinar, torna o trabalho do juiz muito mais difícil, levando a fixação de guardas por análise sucinta e superficial.

A grande consequência da falta de estudo apropriado para a correta implantação da guarda no seio do judiciário, são as ações que versam sobre a prática de alienação parental com uma nova disputa de guarda, e neste caso, já não há mais o que prevenir, senão remediar, fazendo a correta implantação da guarda, como forma de ruptura da prática da alienação parental.

Portanto, para garantir a correta implantação da guarda é necessário que na vara de família haja uma equipe multidisciplinar, que inclua além do advogado, Ministério Público e Juiz, profissionais da área de Serviço Social e Psicologia, para que juntos possam atuar de forma preventiva, com uma análise mais criteriosa durante a fixação da guarda, transformando tal instituto em um instrumento de ruptura das práticas de alienação parental.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Thais Tononi. **Artigo Guarda e Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n129/0101-6628-sssoc-129-0326.pdf>>. Acessado em 01 maio 2018.

BELLO, Roberta Alves. **Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387>. Acesso em 23 abril 2018.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado, 2008.

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília. Senado, 2008.

BRASIL. IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/5936#resultado>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Novo Divórcio Brasileiro**. 12^a ed. Curitiba: Juruá. 2013.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Código Civil de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/|10406.htm. Acesso em: 20 de fev. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4^a ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 04^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. **Estatuto da Criança e Adolescente**. – Vademecum compacto, São Paulo: Saraiva 2017

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva. 2015. 2015.

LEITE, Eduardo O. **Direito Civil Aplicado: Direito da Família**. v.5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. **Alienação Parental e sua Síndrome**. 1^a ed. Recife: Bagaço. 2011.

MONTEIRO, Washington B. **Curso de Direito Civil**. 38^a ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

PODEVYN, François. **Síndrome de alienação parental**. In: Associação de pais e Mães Separados. (trad.). 04 abr. 2001. In: Disponível em: <http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha A. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: O uso dos Filhos como Instrumento de Vingança entre os Pais**. 22^a ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTANA, Yasmin. **Aspectos Relevantes Acerca do Instituto da Filiação**. (Artigo Científico). Jurídico Certo, 2016. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/yasminn-santana/artigos/aspectos-relevantes-acerca-do-instituto-da-filiacao-2768>>.

SEREJO, Lourival. Direito Constitucional da Família. 2ª ed. Belo Horizonte, 2004.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v.5: **Direito de Família**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.