

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

JADE VICTORIA GUELFE DE ANDRADE

ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS NA GUARDA COMPARTILHADA

**CURITIBA
2018**

ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS NA GUARDA COMPARTILHADA

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, da
Faculdade de Direito de Curitiba.**

Orientador: Prof. Adriana Martins Silva

CURITIBA

2018

JADE VICTORIA GUELFE DE ANDRADE

ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS NA GUARDA COMPARTILHADA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Adriana Martins Silva

Prof. Membro da Banca

CURITIBA, ____ de _____ 2018

À minha família, pelo carinho,
atenção e motivação nesta
caminhada.

AGRADECIMENTOS

Diante do término desta longa caminhada, se faz necessário agradecer aos que contribuíram para que esse objetivo fosse alcançado com sucesso.

Primeiramente, agradeço à minha família, por sempre me proporcionar incondicional apoio, amor e dedicação durante toda minha trajetória acadêmica, fazendo com que esse sonho se tornasse possível, sem eles nada seria possível.

À professora Adriana, pelas orientações prestadas no decorrer do desenvolvimento do trabalho e em especial por me acolher como orientanda, sou grata pelos ensinamentos que a mim foram passados com tanto carinho e dedicação.

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade analisar os aspectos da guarda compartilhada e unilateral para evidenciar qual a modalidade de guarda respeita e atende o princípio constitucional do melhor interesse da criança, o qual deve ser observado antes da tomada de toda qualquer decisão relativa à concessão de guarda a um dos genitores.

Ocorre que, o tema em debate é de suma importância, uma vez que, a partir do evento separação de genitores que possuem filhos, surge a necessidade de determinação da guarda, fato esse que na grande maioria dos casos em virtude de questões emocionais acaba se transformando em um problema, pois os filhos muitas vezes são utilizados como ferramenta de vingança e não priorizados como deveriam ser, surgindo em casos como esse o fenômeno da alienação parental, também objeto de estudo neste trabalho.

Desta forma, o que se priorizou no presente estudo foi uma avaliação quanto à utilização da guarda compartilhada como meio de prevenção da alienação parental, bem como as especificidades da lei referente ao tema.

Palavra-chave: Conceito de Família, Modalidades de guarda, Guarda Compartilhada como forma de prevenção da alienação parental, Alienação Parental.

SUMÁRIO

RESUMO	13
1 INTRODUÇÃO	8
2 CONCEITO DE FAMÍLIA	9
2.1 ESTRUTURA FAMILIAR	10
2.2 CARACTERÍSTICAS DA FAMÍLIA	11
2.2.1 Princípios Constitucionais no Direito de Família	12
2.3 PODER FAMILIAR.....	16
3 GUARDA	22
3.1.1 Guarda Unilateral	24
3.1.2 Guarda Compartilhada	27
3.2 GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE ALIENAÇÃO PARENTAL	32
4 ALIENAÇÃO PARENTAL	34
4.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL	37
4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.318/2010 – VANTAGENS E DESVANTAGENS	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa realizar uma análise crítica no que tange à alienação parental, bem como à aplicação do modelo de guarda compartilhada como forma de prevenção desse fenômeno.

O presente tema é de grande importância, devido ao fato de abarcar fatos de vital importância para o desenvolvimento psicológico e físico do menor, que são as modalidades de guarda e a proteção dos princípios constitucionais com relação à detenção do poder familiar e a forma como é exercido.

O tema a respeito da discussão da guarda da prole quando ocorre a separação é um tema muito delicado, pois envolve a forma de regime a ser seguido pelos cônjuges, devendo ser observado antes de tudo o princípio do melhor interesse da criança para tal definição, visando combater a alienação parental que se apresenta recorrente nos casos de separação, situação em que o maior prejudicado são os filhos.

Não se caracteriza como objetivo do presente estudo realizar uma análise exaustiva dos tipos de família existentes no ordenamento jurídico, nem mesmo todas as modalidades de guarda, mas sim, realizar uma análise no que tange à utilização da guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental.

Desta forma, a pesquisa realizada objetiva evidenciar uma comparação entre os atributos tanto da guarda compartilhada, como da guarda unilateral, demonstrando em suas especificidades qual delas se apresenta como melhor instrumento de prevenção da alienação parental, da mesma maneira que analisa à análise em seus aspectos, suas formas de prevenção elencadas na lei 12.318/10.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família sofreu diversas mudanças no que tange à sua natureza, concepção e composição na medida em que o estado que se apresentava como figura ausente anteriormente, passou a ter interesse declarado pelas relações familiares, desse modo, com o intuito de regulamentar a instituição familiar foi necessário definir modelos para enquadrar suas espécies.

Inicialmente a legislação brasileira possuía um modelo de família patriarcal, ocorre que com a promulgação da Constituição Federal em 1988, houve uma colisão de valores desencadeando uma crise, decorrente da perda de fundamentos das normas anteriores. Este entendimento é compartilhado por Paulo Lôbo:

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.¹

De acordo com o posicionamento acima apresentado, no que tange a proteção do Estado, Paulo Lôbo ainda destaca:

Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual assou a ter a proteção do estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é hoje, o princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família, estabelecendo o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Desse dispositivo defluem conclusões evidentes: a) família não é

¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

só aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua.²

Diante destas considerações, torna-se evidente a importância da proteção do estado nas instituições familiares, tutelando os interesses e direitos que devem ser constitucionalmente garantidos.

2.1 ESTRUTURA FAMILIAR

A estrutura hierárquica rígida que moldava a família se baseava no sistema patriarcal, onde o pai era possuidor do poder familiar e a mulher por sua vez apenas assumiria a legitimidade caso seu cônjuge e viesse a falecer, denominado poder marital e com relação aos filhos pátrio poder.

No final do século XX, houve uma intensa mudança no que tange a composição familiar, havendo uma queda considerável no número de famílias nucleares, modelo esse configurado por pai, mãe e filhos, vivendo em união estável ou casamento.

Com relação aos dados Paulo Lôbo destaca:

A Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), realizada anualmente pelo IBGE, indica uma queda progressiva no modelo de família nuclear (pai, mãe e filhos), constituída pelo casamento ou pela união estável. Em 1995, 57,6% dos domicílios eram constituídos de famílias nucleares, enquanto em 2005 tinha caído para 50%. Ou seja, em metade dos domicílios as pessoas convivem em outros tipos de entidades familiares ou vivem sós (estes perfaziam 10,4% do total). A PNAD em 2006 revelou uma tendência de crescimento de taxa de conjugalidade, quase na mesma proporção com a de divórcios, apresentando o casamento numero absoluto superior: comparado ao ano de 2005, houve 889.828 casamentos (crescimento de 6,5) e 162.244 divórcios (crescimento de 7,7%).³

² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18.

³ LÔBO, 2011. p. 22.

Portanto, é inegável que a Constituição Federal de 1988 modificou a estrutura familiar existente, pautando os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, não discriminação e igualdade.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA FAMÍLIA

A pluralidade de transformações ocorridas na sociedade acarretou a modificação da estrutura familiar, tais como: a inserção da mulher no mercado de trabalho que atribuiu à mesma liberdade financeira, influenciando diretamente na estrutura econômica familiar, o liberalismo sexual atribuindo uma mudança de valores e a promulgação da lei do divórcio que concedeu maior liberdade. A família que antes deveria ser matrimonializada, heterossexual, indissolúvel, patriarcal, hierarquizada e patrimonialista deu lugar a um modelo pluralizado que é constituída independentemente da sexualidade, igualitária, não existindo mais relação hierárquica, passiva de dissolução e eudemonista, pautada na igualdade e liberdade e afetividade

Ainda sobre o tema, cumpre destacar entendimento de Maria Berenice Dias:

Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva, Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639 § 2.º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.⁴

Diante da evolução histórica da família narrada, conclui-se que a liberdade deve ser respeitada, pois esta diretamente ligada com o conceito de justiça, aplicando-se a igualdade formal que se baseia em conceder à pessoas de mesma categoria idêntico tratamento, bem como a igualdade material abarcando as

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P53.

diferenças, levando em consideração a existência de desigualdades que também devem ser respeitadas. A respeito do princípio da igualdade e direito à diferença, conceitua Paulo Lôbo:

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos de família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdade *summa divisio* entre sujeitos e subsujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao status de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5º, I, da Constituição).⁵

A família atual recuperou o princípio da afetividade que se configura na união de um grupo, pautada única e exclusivamente por laços afetivos e desejos em comunhão. Com relação ao princípio da afetividade e seus efeitos nas relações familiares, conclui Lévi-Strauss:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializada, no âmbito familiar, nos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consangüinidade para o fato cultural da afinidade”.⁶

2.2.1 Princípios Constitucionais no Direito de Família

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

⁶ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco**. São Paulo: EDUSP, 1976. p.72.

O direito de família é também regido por princípios constitucionais que possuem o condão de conduzir a hermenêutica jurídica, de forma que seja aplicada a lei em conformidade com os conceitos que são compelidos pelos princípios.

Na concepção do autor Paulo Lôbo, acerca da aplicação dos princípios aos casos concretos:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídicos, que repugnam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas – especialmente as de natureza econômica -, inclusive ao Poder Judiciário. Sem a medição concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa.⁷

A utilização da aplicação dos princípios constitucionais é fundamental às demandas, tendo em vista que apenas a aplicação das normas não seria capaz de fazer com que uma decisão fosse humanizada e observasse alguns fatores específicos que são de suma importância no que tange ao direito de família.

Para o autor Paulo Lôbo⁸, os princípios se subdividem em Princípios Fundamentais e Princípios Gerais, dentro dos fundamentais estão: dignidade da pessoa humana e solidariedade, enquanto os gerais são formados por: igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.

O princípio da dignidade humana é tão abrangente que todos os demais princípios derivam dele, se apresentando como princípio fundamental da ordem jurídica, bem como de um estado democrático de direito, proclamado pela Constituição da Federal.

Nos ditames do referido autor acerca desse princípio:

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

A Constituição proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). No capítulo dedicado a família, o princípio fundamenta as normas que cristalizam a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (arts. 226 § 7º, caput, e 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.⁹

A solidariedade familiar que antes da promulgação da Constituição em 1988 era considerada apenas um valor moral, passou a ser um princípio jurídico e consequentemente um dever imposto à família, à sociedade e ao estado, desta forma, deve ser mutual entre os companheiros ou cônjuges, no que tange ao assessoramento material e moral. Quanto aos filhos, implica na responsabilidade de receberem cuidados até atingir determinada idade, bem como o direito garantido dos demais familiares de conviver com os menores, visando manter os laços afetivos.

A solidariedade é uma forma de pensar no próximo com que se convive, regulamentada pela Constituição da República, para tornar a convivência harmoniosa pautada no respeito e na dedicação do bem do próximo.

Nas Palavras de Erhard Deninger:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.¹⁰

No que concerne à liberdade e igualdade, a Constituição assegurou os dois princípios de forma que, cada pessoa é livre para se relacionar com quem escolher, formando uma relação heterossexual, homossexual ou poliafetiva, bem com, construir livremente a sua entidade familiar. As relações são pautadas pela liberdade de escolha e também pelo princípio da isonomia de tratamento jurídico,

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

¹⁰ DENINGER, Erhard. **“Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: UFMG. n. 88. 2003. p. 36.

com o intuito de igualar homens e mulheres no tocante aos direitos e deveres decorrentes a uma sociedade conjugal.

A cerca dos princípios mencionados, para a autora Érica Verícia de Oliveira Canuto:

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância a igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.¹¹

O princípio da afetividade rege o direito de família, na medida em que o afeto está interligado diretamente com a felicidade, também considerado um direito fundamental. Tanto a Constituição Federal como o Código Civil não se utilizam do termo “afeto” em seu texto, uma vez que laços afetivos sejam decorrentes das relações humanas, principalmente as familiares. O princípio é considerado norteador para este ramo do direito porque é de relevante importância mensurar a afetividade em alguns casos para decidir com base nesse aspecto, visando proteger, por exemplo, o melhor interesse da criança.

O princípio do melhor interesse da criança visa proteger a criança e o adolescente, de forma que sejam prioridades os seus interesses, devendo ser não só tutelados pela família, mas também pelo estado. Nas separações, durante a vigência do pátrio poder o interesse dos filhos era secundário, fato esse que foi alterado pela forma de atuação do poder familiar, onde toda e qualquer decisão a ser tomada na constância ou não do casamento, deve respeitar o melhor interesse da criança.

A respeito do tema, conclui Paulo Lôbo:

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de

¹¹CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **A contradição no regime de separação absoluta de bens.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n 26, p. 144-158, out.-nov. 2004. p. 289.

desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.¹²

Os princípios constitucionais no direito de família são de suma importância, pois funcionam como uma diretriz norteadora na tomada de decisões pelos magistrados, que devem levar em conta todos eles para que se obtenha uma decisão digna e humanizada, pautada nos direitos fundamentais dos envolvidos.

2.3 PODER FAMILIAR

O termo adotado pelo Código Civil “poder familiar” advém do antigo conceito de “pátrio poder” que se refere à forma de organização social pautada pela hierarquia sobre os filhos. O Código Civil de 1916 conferia ao marido o pátrio poder e somente na sua falta ou alguma espécie e impedimento é que a mulher assumia essa tarefa, sendo que uma vez contraído outro matrimônio pela viúva, essa seria destituída do pátrio poder, independentemente da idade dos mesmos.

Com as mudanças na sociedade no que tange a inserção da mulher no mercado de trabalho, esse conceito discriminatório e machista foi alterado, sendo consolidada a igualdade entre homem e mulher, conferida pelo art. 5^o¹³ da Constituição Federal.

Os filhos se configuram como sujeitos de direito, desta forma, a intuito do poder familiar não se configura apenas como um mero exercício de autoridade exercido pelos pais e sim um encargo que a lei atribui aos responsáveis.

Paulo Lôbo define a instituição como:

¹²LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 de fev. 2018.

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.¹⁴

A Constituição Federal em seu art. 226, § 5º prevê a igualdade de exercício de direito entre mulheres e homens, relacionado também ao disposto no art. 1.163 do Código Civil que versa sobre a titularidade do exercício:

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.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

No que concerne à idade dos filhos sujeitos ao poder familiar, Maria Berenice Dias Conceitua:

Todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construídos pela doutrina da proteção integral, os filhos ficam sob tutela (CC 1.728 I). Arcaico instituto com forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a especial proteção que o Estado assegura, com absoluta prioridade, a criança e adolescentes. O filho maior, mais incapaz, está sujeito à curatela, podendo o pai ou a mãe serem nomeados curadores (CC 1.1775 § 1º). Pode ser estabelecida curatela compartilhada a mais de uma pessoa (CC 1.1775-A).¹⁵

¹⁴ LÔBO, Paulo, **Código Civil Comentado**. Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.488.

Não obstante, embora o poder familiar seja compartilhado entre ambos os genitores, o legislador foi omissivo no que diz respeito aos deveres dos responsáveis em face de filhos fora do casamento, desta forma, a respeito do tema, afirma Maria Berenice Dias:

Com o único propósito de preservar a unidade familiar daquele que reconheceu um filho extramatrimonial, olvida-se a lei que deve obediência à Constituição, a qual consagra o princípio da prevalência do interesse de crianças e adolescentes. Assim, a regra é de se ter simplesmente por não escrita, por sua flagrante inconstitucionalidade.

Falando em desrespeito à Constituição, injustificadamente a lei silenciou quanto às demais entidades familiares por ela tuteladas, explícita ou explicitamente. Nada diz, por exemplo, sobre famílias monoparentais, homoparentais ou multiparentais entidades familiares que, constituídas com filhos sujeitos ao poder familiar, necessitam de atenção ao legislador.¹⁶

O conteúdo do poder familiar em suma trata de deveres incumbidos aos pais, no tocante aos filhos, bem como a proteção dos bens dos mesmos, previstos nos artigos 1.634 e 1.689¹⁷, do Código Civil.

¹⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.489.

¹⁷Art. 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)
 Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:
 I - são usufrutuários dos bens dos filhos;
 II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

O poder familiar extingue-se exclusivamente nas hipóteses previstas no art. 1.635 do Código Civil¹⁸, sendo elas a morte dos pais ou do filho, maioridade, emancipação, perda do poder familiar ou adoção.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A morte deve ser tanto do pai quanto da mãe para que ocorra a extinção, de maneira que, na hipótese de um dos dois com vida, esse passa a exercer de modo exclusivo o poder familiar, devendo exercê-lo até que o filho atinja a maior idade. Já nos casos de emancipação que se constitui através de instrumento público, não sendo necessária a homologação em juízo, necessita da concordância de ambos os pais, pois não se configura se houver apenas uma manifestação de vontade.

Ao completar 18 anos é maioridade é atingida, configurando mais uma forma de extinção do poder familiar, levando em consideração também as formas de cessação de incapacidade, sendo elas: casamento, exercício de emprego público efetivo, emprego próprio que conceda ao menor economia própria e colação de grau em curso de ensino superior.

A adoção de filho por terceiro acarreta a total extinção do poder familiar em relação aos pais originários, passando a responsabilidade de exercer o poder para os pais que adotaram.

A respeito de suspensão ou extinção do poder familiar em casos de o pai ou a mãe contrair novo casamento ou união estável esclarece Paulo Lôbo:

Não há suspensão ou extinção do poder familiar quando o pai ou a mãe casar ou constituir união estável com outra pessoa, inclusive após divórcio. O poder familiar de cada qual, existente antes da nova união familiar,

¹⁸ BRASIL. LEI N° 10.406, DE JANEIRO DE 2002
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 de fev. 2018.

permanece inalterável. Como conseqüência, tem-se a convivência de poderes familiares paralelos. Por exemplo, o pai que se divorciou e voltou a casar com outra mulher, tendo filho do casamento anterior, detém o poder familiar sobre este, ao lado da respectiva mãe; ao mesmo tempo, se tiver filho com a nova mulher, compartilhará com esta o poder familiar. Para um filho, o poder familiar unilateral; para o segundo filho, o poder familiar comum. Situação idêntica é a do pai ou mãe solteiro, com filhos. Se casarem, o novo cônjuge ou companheiro apenas compartilhará o poder familiar se adotar o filho, ou for nomeado seu tutor.¹⁹

A suspensão do poder familiar se configura em quatro hipóteses, conforme os ditames do autor Paulo Lôbo:

São quatro as hipóteses legais e expressas do poder familiar dos pais, a saber: a) descumprimento dos deveres a eles (pais) inerentes; b) ruína dos bens dos filhos; c) risco à segurança do filho; d) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. As hipóteses legais não excluem outras que decorram da natureza do poder familiar, Não é preciso que a causa seja permanente. Basta um só acontecimento, que justifique o receio de vir a se repetir no futuro com risco para a segurança do menor e de seus haveres, para ensejar a suspensão. Por exemplo, quando o pai, tendo bebido, quis matar o filho, ou quando, por total irresponsabilidade, quase levou à ruína os bens do filho.²⁰

A hipótese de suspensão do poder familiar para a prática de determinados atos pode ser de forma total ou parcial, buscando com essa medida a segurança do menor, bem como de seus haveres. A suspensão total destitui o pai e a mãe de todos os deveres e direitos decorrentes do poder familiar, já a suspensão em relação a um dos genitores transfere o exercício para o outro.

No que concerne a perda do poder familiar, expõem Paulo Lôbo:

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar ou adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho; se sua

¹⁹LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306.

²⁰LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 307.

decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada. O Código Civil enumera as seguintes hipóteses: castigo imoderado, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, prática reiterada das hipóteses de suspensão.²¹

Cada uma das hipóteses de perda do poder familiar traz consigo exceções, como nos casos de castigo imoderado, o Código Civil admite a imposição de castigos moderados, sendo físico, psicológico ou privativo, desde que não violem a integridade do menor. Já o abandono pode ser interpretado de várias formas e a maneira mais cautelosa de sanar esses casos é com a suspensão ou guarda quando existirem possibilidades do filho retornar aos pais, isto porque a perda do poder familiar traz mais problemas do que soluções ao menor.

No que concerne à moral e bons costumes é primordial priorizar o interesse do menor, não podendo a decisão sofrer direta influência do juízo do de valor do magistrado responsável.

Dentre as possíveis possibilidades de perda do poder familiar, a mais polêmica é a que trata de condenação do titular, por delito ou crime em face do filho, sobre o tema, conforme destaca Paulo Lôbo:

Por força do art. 93 do Código Penal, está vedada a volta ao exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela em relação ao filho, tutelado ou curatelado contra o qual o crime tenha sido cometido. No mesmo sentido, e por lesão aos deveres de manutenção, segurança e saúde do filho, perde o poder familiar quem for consumidor contumaz de bebidas alcoólicas ou viciados em drogas, que levam as condutas contrárias à moral e aos bons costumes.²²

Diante das considerações, facilmente percebe-se que a perda do poder familiar somente se dá em casos extremos, onde outras medidas menos gravosas não gerariam resultados positivos ao menor, tendo dessa maneira que se optar por uma medida mais drástica e com mais conseqüências afetivas.

²¹LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 308.

²²LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 310.

3 GUARDA

Historicamente sempre os cuidados deviam ser prestados pela mãe, em razão do despreparo dos homens, bem como o fato de os mesmos exercerem outras funções como, por exemplo, prover o sustento da família, ficando incumbida a mulher de prestar cuidados aos filhos e desenvolver funções domésticas.

A inserção da mulher no mercado de trabalho trouxe mudanças drásticas no tocante à organização familiar, uma vez que a mulher não mais se dedica de forma integral as atividades do lar e aos filhos, igualando desta forma a participação na educação e criação dos filhos, quando existente o fato da separação do casal. Devido a questões culturais, quando da separação, os filhos ficavam com a mãe e cabia ao pai a função de prestar alimentos, com visitas efetuadas quinzenalmente, fato esse que de certa forma tornava o pai refém do poder familiar, na medida em que as mães utilizavam os filhos como instrumento de vingança, uma vez que não regulamentado o direito de visita dos pais.

A respeito do tema, conceitua Ana Carolina Silveira Akel:

Apesar da notória evolução da legislação pertinente à matéria, ainda não houve a eliminação das diversas controvérsias entre os pais, sendo a regulamentação da guarda e visitas dos menores uma das questões mais delicadas e debatidas nas Varas de Família em todo o território nacional, exigindo dos progenitores a necessária cautela, prudência e maturidade pessoal, não permitindo que a contenda entre eles influencie e pejudique os interesses da prole.²³

Em 2008 o Código Civil regulamentou a questão da guarda em seu art. 1.583²⁴, definindo e diferenciando o conceito de guarda unilateral e guarda

²³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 81.

²⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

compartilhada. O art. 1.584, CC²⁵ aponta a preferência pelo compartilhamento da guarda adotado pelo código, mediante a utilização do termo “sempre que possível”, visando manter a instituição familiar através do convívio com ambos os genitores, pois a separação não pode acarretar na dissolução ou interferir nos vínculos já

§ 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2o Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3o A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3o Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 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)

²⁵Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

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

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. (Incluído 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).

§ 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).

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

existentes com os pais, não ameaçando a continuidade de convivência e promovendo a igualdade parental.

No que concerne ao relacionamento dos genitores, expõem a autora Maria Berenice Dias:

Quanto mais conflituado o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente deve ser regulamentado o regime de convivência, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida. Esta é a única forma de não deixar um genitor à mercê do poder do outro, só tendo acesso ao filho quando o outro “deixa”.²⁶

No tocante ao quesito emocional dos genitores, alega ainda a autora:

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, é preciso atentar para o momento da absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada (CC 1.583 § 1.º). O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba se refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período de vida em comum. Mesmo que a definição do regime de convívio esteja a cargo dos pais, é necessária a chancela judicial, que só ocorre após a ouvida do Ministério Público. Na ação de divórcio, é indispensável que tais questões fiquem definidas, não só quando se trata de divórcio consensual (CPC 731 II). Nas demandas litigiosas, com muito mais razão. Reconhecendo o juiz que o acordado pelos pais não atendem aos interesses dos filhos, pode determinar a guarda compartilhada. A faculdade atribuída ao juiz de não homologar a separação (CC 1.574 parágrafo único) não se aplica ao divórcio. É possível tão só não homologar o que foi deliberado sobre os filhos.²⁷

3.1.1 Guarda Unilateral

A guarda unilateral também denominada como exclusiva, era resultante do sistema que aforava os interesses dos pais no que envolvia conflito, bem como

²⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.546.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.547.

investigação de quem teria sido o suposto responsável pela separação, desta forma, a guarda era designada a quem comprovasse não ter tido responsabilidade pela dissolução conjugal, mesmo nos casos de não preenchimento de melhores condições para exercer a guarda, inobservando o melhor interesse para a criança.

Tutelado pela Constituição da República, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente excluiu a relação entre guarda e culpa, passando o menor a ficar sobre a guarda de quem puder lhe oferecer melhores e mais dignas condições de exercê-la.

Nos ditames do autor Lôbo:

Melhores condições, para os fins legais, não se confunde necessariamente com melhores situações financeiras. O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dada as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um. Nenhum fator é aprioristicamente decisivo para determinar a escolha, mas certamente consulta o melhor interesse do filho menor a permanência com o genitor que lhe assegure a manutenção de seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida, em relação aos meios de convivência familiar, social, de seus laços de amizade e de acesso ao lazer. Fator relevante deve ser o menor impacto emocional ou ativo sobre o filho, para essa delicada escolha.²⁸

A modalidade de guarda unilateral é regulamentada pelo art. 1.583 § 1º, sendo atribuída apenas a um dos genitores, decorrente do consenso dos mesmos, não eximindo o genitor não detentor da guarda do dever de exercer o poder familiar.

Sobre o tema, cumpre destacar entendimento de Maria Berenice Dias:

A cessação do vínculo de convivência dos pais não altera as relações com os filhos (CC. 1.632). Compete a ambos o pleno exercício do poder familiar. Ainda que a guarda seja unilateral o não guardião pode ter os filhos em sua companhia, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz. Igualmente tem ele o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem legitimidade para solicitar informações e até 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 (CC. 1.583 § 5.º).²⁹

²⁸LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 192 e 193.

²⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 12. ed. p.548.

A Lei nº 11.698/2008³⁰, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, elenca os principais fatores para incumbência da guarda unilateral a um dos genitores, sendo eles em ordem não taxativa e não contendo hierarquia: saúde, educação, segurança e afetividade nas relações com o grupo familiar e com o genitor, devendo-se proteger a preservação da convivência do menor com o seu grupo familiar.

No tocante ao envolvimento da criança na escolha afetiva, pontua Paulo Lôbo:

O conjunto de fatores, portanto, deve por finalidade a investigação do melhor interesse do filho. Todavia, os especialistas tem alertado para que não se envolva a criança nessa difícil escolha afetiva, ainda que lhe assegure o direito de ser ouvida. Não é recomendável que o juiz a consulte sobre sua opção, pois lhe acarreta sentimentos contraditórios e riscos de conflito psíquico, com afirmações equívocas, pois, afinal, deseja

³⁰ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º (VETADO).

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

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

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

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

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

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

permanecer com ambos os pais. Deve o juiz valer-se da assessoria de equipes multidisciplinares que possam fornecer-lhe elementos para decisão.³¹

Portanto, conclui-se que deve ser observado acima de qualquer fator para a concessão da guarda unilateral o melhor interesse da criança, preservando desta forma os laços afetivos com ambos os genitores, a fim de evitar que a unilateralidade da guarda interfira nesse aspecto e acarrete profundos impactos na relação afetiva e na formação psicológica da prole.

3.1.2 Guarda Compartilhada

O rompimento da sociedade conjugal acarreta na necessidade de redefinir as funções entre os cônjuges no que tange aos encargos quanto à prole. A guarda compartilhada é uma modalidade de divisão de tarefas entre os pais, de modo que o rompimento do convívio não afete os filhos de forma negativa, pelo contrário, essa forma de guarda apresenta uma espécie de aproximação física e psicológica, na medida em que faz com que os pais estejam presentes na rotina de seus filhos.

Nesta linha, enfatiza Waldyr Grisard Filho:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.³²

Decorrente do prejuízo ocasionado pelo distanciamento nos casos de guarda unilateral surgiu à necessidade de reparar este dano que chegava a se

³¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195.

³² GRIDARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

configurar irreparável em alguns casos, sendo assim, o mecanismo adotado foi à utilização de outra forma de exercício de guarda, a guarda compartilhada ou também chamada de guarda conjunta.

Nas palavras de Ana Carolina Silveira Akel:

Certo é que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento.³³

A alteração no modelo de guarda se deu com o advento da Lei nº 11.698/2008³⁴ que instituiu a preferência pela guarda compartilhada, sendo aplicada

³³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.103.

³⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

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

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

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

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

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

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

a espécie de guarda unilateral apenas quando essa atender o melhor interesse dos filhos.

A respeito do tema, conceitua Waldyr Grisard Filho:

O exercício compartilhado da guarda obrigará os pais a conciliar e harmonizar suas atitudes pessoais q favor do bem estar dos filhos, afirmando a coparentalidade e o direito de serem criados e educados por ambos os pais em condições de plena igualdade e com eles manter relações pessoais e estreito contato direto. Para os filhos, a estabilidade mais importante é a emocional, na medida em que percebem que ambos os pais continuam por eles responsáveis. O envolvimento dos dois pais na criação dos filhos garante a eles forte estabilidade psicológica.³⁵

Desta forma, o compartilhamento da guarda não se trata de uma faculdade dos genitores podendo ser convencionada, pelo contrário, na ausência de acordo deverá ser aplicada a guarda compartilhada, conforme disposto no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, com a composição da referida Lei.

Ainda sobre o tema, o referido autor leciona:

O mais importante para a Lei 11.698/2008 ao instituir e disciplinar a guarda compartilhada como modelo preferencial é promover o rompimento da cultura adversarial pela posse do filho (na guarda compartilhada é privilegiada a ideia de “estar com”), eliminando a possibilidade de existir “ganhadores” e “perdedores”, logrando proclamar um único “vencedor”: o filho. Essa principal alternativa de cuidados e atenções aos filhos menores não é uma utopia, mais uma ferramenta eficaz na preservação do bem estar da criança.³⁶

No que diz respeito à requisição da guarda, a mesma pode ser pleiteada por ambos os pais mediante acordo ou em ações como, por exemplo: dissolução de união estável, divórcios e medidas cautelares que antecedem estas ações e também pelos parentes.

³⁵ GRIDARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 172.

³⁶ GRIDARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 173.

A guarda é exercida pelos pais separados de maneira conjunta, com intuito de que aos filhos seja garantido o acesso e a convivência com ambos os genitores, tirando de cena o direito de visita que a guarda unilateral regulamentava, que de certa forma privava os filhos de terem a presença dos pais cotidianamente.

O Compartilhamento da guarda além de favorecer a convivência da criança com os pais, gera conservação da responsabilidade e parentalidade de ambos os pais, que possuem uma igualdade de direitos e deveres em relação a pessoa do filho.

Quanto ao aspecto da definição de residência para o menor, conceitua Paulo Lôbo:

Na guarda compartilhada é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá. Essa providencia é importante, para garantir-lhe a referencia de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de freqüentar a do outro; ou mesmo de viver alternadamente em uma e outra. A experiência tem demonstrado que a perda de referencia da residência, para si mesmo e para outros, compromete a estabilidade emocional do filho. O que se espera dos pais é a responsabilidade em encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito-dever de convivência e a relação de pertencimento a um lugar, que integra a vida de toda pessoa humana; ou do juiz, quando os pais não se entenderem.³⁷

A Lei da guarda compartilhada nº 13.058/2014³⁸, incluiu ao ordenamento jurídico institutos e princípios de direito de família, priorizando evidentemente o

³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

³⁸ Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 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.

Art. 1.584.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

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

princípio do melhor interesse da criança. Para isso foi necessária a alteração no texto da lei, no que diz respeito ao artigo 1.583, que versa sobre o tempo igualitário de convívio. Anterior à promulgação da lei a guarda era unilateralmente atribuída ao genitor que possuía melhor condição de exercê-la, com o advento da nova lei, o tempo de convívio é estipulado de forma equilibrada, visando atender à necessidade e o melhor interesse do menor.

No que diz respeito à custódia física do menor, a alteração do art. 1.583 § 3, incluiu a possibilidade de compartilhamento da guarda inclusive no caso de os genitores não residirem na mesma cidade, priorizando mais uma vez o menor e pautando a decisão em seu melhor interesse.

A respeito das medidas liminares ou cautelares, o art. 1.585 da mesma lei também sofreu alterações no que concerne à oitiva dos cônjuges pelo juiz antes da prolação de sentença ou fixação provisória de pedidos, salvo nos casos onde o interesse do menor não for respeitado ou priorizado, haverá concessão de liminares pleiteadas sem a realização da oitiva da parte adversa. Esse zelo

orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

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

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.”

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação

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

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

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

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

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

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

revelado no que tange à tomada de decisões, mesmo que temporárias, revela um maior cuidado ao interesse do menor, uma vez que diante de um possível erro na decisão, os efeitos da execução podem ser irreversíveis, uma vez que a mudança de guarda interfere diretamente na rotina e conseqüentemente no desenvolvimento psicológico do menor.

Quanto à competência, passa a versar o art. 1.634 com a modificação, a respeito da competência atribuída igualmente aos pais no que diz respeito à educação, autorização para realização de casamento e viagens ao exterior, representação judicial ou extrajudicial do menor, entre outras prerrogativas que devem ser exercidas por ambos em igualdade de condições e responsabilizando-os de forma igualitária, uma vez que ambos são detentores da guarda de igual maneira.

3.2 GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A imposição da modalidade de guarda compartilhada foi uma forma que o legislador encontrou de evitar o distanciamento que a guarda unilateral proporcionava aos pais em relação à prole, consequência da ínfima convivência e responsabilidade exercida. Desta forma, a instituição da guarda compartilhada se apresenta como uma forma de sanar os vícios que a guarda exercida unilateralmente ocasiona, sendo o maior exemplo e mais discutido pela doutrina, a alienação parental.

No que diz respeito ao tema, leciona a autora Denise Duarte Bruno:

Os pais separados, na perspectiva da conjugalidade, mas assumindo conjuntamente as responsabilidades inerentes à parentalidade, precisam manter uma postura cooperativa, evitando o máximo possível comportamentos e atitudes que apresentem qualquer viés competitivo. Antes de apresentar de apresentar alguns dos diversos elementos que caracterizam esta postura de cooperação – como o respeito e a confiança mútuas nas habilidades parentais específicas, e a capacidade de fazer concessões – é preciso lembrar que o que chamamos de “atitude com viés

competitivo” são todas aquelas posturas explícitas ou implícitas do adulto (pai ou mãe) que buscam demonstrar ao filho que sua orientação, seu amor, sua dedicação e sua capacidade de cuidado, são superiores ao do outro (pai e mãe).³⁹

Por muitas vezes com a dissolução da vida conjugal, devido a questões sentimentais envolvendo o término, como mágoa e rancor, a criança acaba sendo utilizada como objeto de vingança entre os genitores, que passam a exercer seu poder de guarda de forma negativa, a partir do momento que deixam questões emocionais interferir nas decisões pertinentes ao bem do menor.

A respeito do tema, Maria Berenice Dias conceitua:

Não raras vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o “acerto de contas” do débito conjugal.⁴⁰

A guarda compartilhada traz uma série de vantagens e se apresenta como uma forma de prevenção de síndromes desenvolvidas com o término do vínculo conjugal, como a alienação parental, pois o intuito desse modelo é reforçar a continuidade da relação da prole com os genitores, mesmo após a separação.

Sobre o tema, leciona Waldyr Grisard Filho:

No contexto da guarda compartilhada, norteado pela continuidade das relações pais-filhos e a não exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de coeducação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de

³⁹ Congresso Brasileiro de Direito de Família (7. : 2009 : Belo Horizonte, MG) **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre : Magister/IBDFAM, 2010. p. 226.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 12. ed. p.573.

perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.⁴¹

A guarda compartilhada atende o melhor interesse da criança, princípio do direito de família, bem como a igualdade parental prevista pela Constituição Federal.

Nos ditames do autor Wardyr Grisard Filho:

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõem os embasamentos emocionais do menor, atuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.⁴²

Por possuir inúmeras ferramentas que eliminam a possibilidade de afastamento ou até mesmo desligamento do menor com o genitor não detentor da guarda, a guarda compartilhada se apresenta como uma forma vantajosa para ambos os cônjuges, bem como, para o menor que terá o convívio saudável e igualitário com os pais, que acarreta na maior cooperação de ambos no que tange aos deveres para com a prole.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

O fenômeno da alienação parental, também conhecido como Síndrome de Alienação parental - SAP ou até mesmo fixação de falsas memórias foi desenvolvido, sob a ótica psiquiátrica, com base em estudos realizados por Richard Gardner em 1985, professor do Departamento de psiquiatria Infantil da

⁴¹ GRIDARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 244.

⁴² GRIDARD FILHO, 2016. p. 249.

Universidade de Columbia e perito judicial, decorrente da quantidade de episódios patológicos frequentes em enfrentamentos familiares que envolviam menores, consistindo na destruição, descrédito e desmoralização do ex companheiro para os filhos.

Conforme a autora Viniane Ciambelli⁴³ conceitua: Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai de se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança.

Richard Gardner na qualidade de um dos maiores especialistas mundiais nos tema recorrente de divórcio e de separação passou a observar que, no tocante à disputa judicial, ambos os genitores evidenciavam em suas condutas o objetivo de afastar o ex-cônjuge da prole, realizando desta forma uma espécie de lavagem cerebral nos mesmos.

Nos ditames do autor Douglas Phillips Freitas:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por meio de estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconsciente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não se há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real. ⁴⁴

No que diz respeito à nomenclatura, o autor Euclides de Oliveira define:

Por sua vez, o vocabulário “alienação”[...] diz respeito, aqui, a um estado de alheamento à realidade por parte da pessoa atuante ou da que seja atingida, beirando as raias de “alienação mental” do agente alienador, como uma verdadeira doença psíquica com graus variados de intensidade, conforme as circunstâncias de seu grau de desenvolvimento. A locução de completa com o qualificativo “parental”, que diz respeito à posição dos pais da criança ou do adolescente sob disputa num litígio de família. Num conceito mais amplo, no entanto, estende-se o adjetivo a

⁴³ CIAMBELLI, Viviane M. **Impacto da Alienação Parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais**. São Paulo: Iglu. 2012. p. 208.

⁴⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 24.

outros parentes próximos que participem do núcleo de convivência, como irmãos, os avós e outros agregados, tanto no polo ativo como no polo passivo da prática alienante.⁴⁵

Independente da estrutura familiar vigente, a separação dos pais exige dos mesmos uma ampla compreensão e responsabilidade no tocante a conservação do convívio familiar, bem como, quanto à preservação da imagem do outro cônjuge para os filhos, que são na grande maioria das vezes os mais afetados com essa mudança na estrutura familiar.

O processo de separação é uma situação muito delicada para todos os envolvidos e infelizmente em muitos casos ocasiona demasiada dor e sofrimento aos participantes, que muitas vezes, tomados por sentimentos ruins como mágoa, rancor e vingança, acabam por violar o dever de conservação da imagem e convívio familiar com o ex-companheiro, instaurando-se uma disputa entre os pais, fruto de sentimentos negativos decorrentes da dissolução da união, e para isso se utilizam dos filhos como se ferramenta de conflito fossem, os colocando na posição de objeto passível de divisão.

Acerca do tema, expõem a autora Maria Berenice Dias:

O filho é utilizado como instrumento de agressividade, sendo induzido a odiar um dos genitores. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e também a ama. Este fenômeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher seria mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos, O alienador também pode ser o pai, em relação à mãe ou ao seu companheiro.⁴⁶

Os resultados da alienação parental são impiedosos, acarretando nos indivíduos que tiveram essa experiência negativa a propensão para desenvolvimento de condutas antissociais, criminosas e violentas, bem como,

⁴⁵ Congresso Brasileiro de Direito de Família (7. : 2009 : Belo Horizonte, MG) **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre : Magister/IBDFAM, 2010. p. 237.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 12. ed. p.573.

desenvolvimento de depressão e demais doenças que interferem no desenvolvimento psicológico e emocional do ser humano.

4.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A síndrome da alienação parental, também conhecida pela doutrina como implantação de falsas memórias, consoante ao entendimento da autora Maria Berenice Dias⁴⁷, configura-se como um conjunto de sintomas que somados em sua totalidade configuram uma disfunção, sendo que esse conjunto sintomas é desencadeado por atos que se caracterizam como alienação parental, ou seja, a síndrome (SAP) decorre dos atos contínuos de alienação praticados pelos pais detentores da guarda dos filhos.

Os atos de alienação parental se iniciam geralmente após o divórcio onde um dos genitores inicia uma empreitada no intuito de desmoralizar o outro, se utilizando de mecanismos como a implantação de falsas memórias e falsas informações, afim de denigrir e imagem do ex companheiro. Trata-se de uma pratica desumana que se apresenta ainda mais gravosa na medida em que realizada contra um menor, que se encontra em delicada situação emocional em virtude das consequências que a dissolução conjugal traz à sua saúde psicológica e sua rotina.

A conduta realizada pelo alienador na grande maioria das vezes é intencional, porem, já em outras ocasiões é praticada reiteradamente sem que o mesmo perceba a prática da alienação.

A respeito do tema, leciona o autor Douglas Phillips Freitas:

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 4. ed. p. 409.

Esta conduta, intencional ou não, desencadeia uma campanha de modificação nas emoções do alienador e da criança, na seqüência, que faz esta produzir um sistema de cumplicidade e compreensão da conduta do alienante, ora justificando, ora praticando (a criança) atos que visam aprovação do alienante que joga e chantageia sentimentalmente o menor, com expressões do tipo: “você não quer ver a mãe triste, né?” entre outras.⁴⁸

Ainda a respeito das condutas praticadas pelo alienante, a fim de afastar o menor do outro genitor e fazer com que o mesmo nutra um sentimento negativo, afirma a autora Maria Pisano Motta:

É a recusa de passar as chamadas telefônicas; a passar a programação de atividades com o filho para que o outro genitor não exerça o seu direito de visita; apresentação do novo cônjuge como seu novo pai ou mãe; denegrir a imagem do outro genitor; não prestar informações ao outro genitor acerca do desenvolvimento social dos filhos; envolver pessoas próximas na lavagem cerebral dos filhos; tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor; sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que esteja disponível e queira cuidar do filho; ameaçar o filho para que não se comunique com o outro genitor.⁴⁹

A respeito da fragilidade do tema, acrescenta Maria Berenice Dias:

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a falsa denúncia de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Dificilmente consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência implantando-se, assim, as falsas memórias.⁵⁰

Ou seja, a alienação parental se trata de atos praticados, contínuos ou não, com intuito de fazer com que a criança rejeite o alvo da alienação, se

⁴⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 25.

⁴⁹ MOTTA, Maria Pisano. **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007. p. 44.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 12. ed. p.575.

utilizando para isso de meios ardilosos e cruéis como privação de visitas, falsas imputações de memórias e fatos, em muitas vezes até mesmo criminosos, para que o menor se afaste e não mais queira conviver com alienado.

Acerca dos meios de alienação, conceitua o autor Euclides Oliveira:

Os diferentes nomes que podem ser ajuntados bem demonstram como se pratica a alienação parental: “lavagem cerebral” (pela influência nefasta na mente do filho), “implementação de falsas memórias” (pela introdução de elementos fantasiosos e prejudiciais ao outro cônjuge, fazendo o filho acreditar que sejam fatos verdadeiros, por isso motivadores de seu afastamento), “pressão psicológica” (chegando às raias da coação moral, por impingir ao filho conduta danosa ao outro genitor), “relação de influência” (que é pouco, diante da caga de força negativa empregada contra a mente do filho em formação), “fazer a cabeça da criança” (no sentido comum de desviar a liberdade de expressão e direcionar a conduta pessoal de outrem).⁵¹

Sendo assim, as somas dos atos alienantes conseqüentemente acarretam na síndrome da alienação parental, que se configura tanto pela ação do alienador como pelas conseqüências das mesmas.

Não se pode negar que os conceitos de alienação parental e a síndrome da alienação parental estão interligados, sendo uma decorrente da outra, porém não são passíveis de confusão, na medida em que cada uma possui suas peculiaridades, sendo a alienação os atos que geram o afastamento do menor do alienado, enquanto a síndrome da alienação corresponde às sequelas que surgem no que tange ao emocional e ao comportamento do menor, ocasionadas pelos atos da alienação, causando danos ao desenvolvimento mental e emocional da prole.

4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.318/2010 – VANTAGENS E DESVANTAGENS

Diante das primeiras decisões proferidas em 2003 pelo poder judiciário brasileiro versando sobre a alienação parental, o tema ganhou divulgação e

⁵¹ Congresso Brasileiro de Direito de Família (7. : 2009 : Belo Horizonte, MG) **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre : Magister/IBDFAM, 2010. p. 238.

consequentemente maior atenção mediante o efetivo reconhecimento do fenômeno da alienação parental.

Acerca da visibilidade do tema, conclui Douglas Phillips Freitas:

Esta percepção começou a tomar corpo por conta da maior participação das equipes interdisciplinares nos processos familistas e por conta de pesquisas e divulgações realizadas por institutos como a APASE – Associação dos Pais e Mães Separados, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, entre outros. Não tardou para que o resultado desse e de outros trabalhos e pesquisas fossem difundidos entre os demais profissionais atuantes no Direito de Família e nas áreas interdisciplinares correlatas.⁵²

A Lei 12.318/10⁵³ consagrou a existência efetiva da alienação parental e se apresenta desde sua promulgação como forma de prevenção a esse fenômeno,

⁵² FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 23.

⁵³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

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

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

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

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

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o

na medida em que em seu art. 2º apresenta de maneira exemplificativa os variados atos que incorrem em alienação parental, bem como os sujeitos que possuem capacidade de exercê-lo, não se restringindo apenas aos genitores tais condutas, de maneira que pratica alienação parental o detentor da prerrogativa de exercer a autoridade parental e até mesmo afetiva que tua com a finalidade de acometer o outro genitor. Tanto o legitimado a praticar a alienação quanto o alienado e em especial o menor são protegidos pela mesma lei.

Acerca do tema, destaca o referido autor:

O caminho contrário também pode ocorrer, em que os avós, tios e demais parentes sofram a alienação parental praticada por genitores e esta lei também os protegerá, afinal, o direito pleno de convivência reconhecido a estes parentes pela doutrina e jurisprudência, também o é por recente

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.

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

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

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

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

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

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

alteração legislativa, ora Lei 12.398, de 28 de março de 2011, que alterou os arts. 1.598 do Código Civil e 888 do Código de Processo civil.⁵⁴

O rol exemplificativo descrito nos incisos I ao VII no parágrafo único do artigo 2º da referida Lei, descreve condutas que incontestavelmente possuem o intuito de desqualificar o genitor no tocante a responsabilidades paternas ou maternas, obstaculizar o exercício da autoridade parental, restringir o contato do menor com a figura do alienado, bem como a convivência, suplantando informações pertinentes à localização e ao desenvolvimento físico e psíquico do menor, imputar denúncia falsa contra o alienado ou à sua família, efetuar a troca de endereço sem justificativa plausível e sem informar a alteração de domicílio à figura do alienado, entre outras atitudes que possuem a finalidade de criar no menor a sensação de abandono, ódio, rancor e de modo conseqüente o afastamento do genitor.

A autora Denise Maria Perissini da Silva elenca 17 atitudes que se configuram clássicas condutas desenvolvidas pelo alienador:

“1. Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos; 2. Organizar atividades mais atraentes nos dias de visitas do genitor sem a custódia; 3. Apresentar o novo companheiro como o *novo pai* ou a *nova mãe*; 4. Interceptar qualquer correspondência física ou virtual, e telefonemas dos filhos; 5. Desvalorizar e insultar o outro progenitor diante dos filhos comuns; 6. Recusar-se a repassar as informações das atividades extraescolares da prole; 7. Obstruir o exercício das visitas; 8. Não avisar o outro progenitor de compromissos dos filhos com médico, dentista ou psicólogo; 9. Envolver pessoas próximas na alienação; 10. Decidir sozinha acerca de escolhas relevantes na educação dos filhos; 11. Boicotar informações médicas ou escolares dos filhos; 12. Deixar os filhos com terceiros em vez do genitor não guardião quando o custodiante sai de férias; 13. Proibir os filhos de usarem as roupas e os objetos (telefone celular, computador, brinquedos) dados pelo genitor não guardião; 14. Ameaçar os filhos ou prometer atentar contra si próprio se os filhos mantiverem contato com o outro genitor; 15. Culpar o progenitor não guardião pelo mau comportamento dos filhos; 16. Não só ameaçar mudança para residência geograficamente distante, como assim proceder, mudando-se para outro Estado da Federação, isto quando não esboça buscar autorização judicial para morar fora do País; 17. Telefonar com frequência e sem motivos sérios durante as visitas do outro genitor”.⁵⁵

⁵⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 35.

⁵⁵ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental**. O que é isso?. Campinas: Autores Associados, 2010. p. 55-56.

O art. 3º da mesma lei configura ilícito o ato de privação do menor de possuir uma convivência saudável e harmoniosa com o genitor, uma vez que fere princípios constitucionais basilares no direito de família como o do melhor interesse da criança e direitos fundamentais resguardados a crianças e adolescentes como o direito à convivência familiar, bem como os previstos no art. 3º do ECA⁵⁶, constituindo abuso moral contra o menor a prática destas condutas, justificando-se a propositura de ação visando danos morais além de outras medidas que visam inibir e ressarcir as referidas condutas.

A respeito do respeito do tema, conceitua a Autora Ana Carolina Carpes Madaleno:

O interesse prevalente do menor foi princípio introduzido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, e carrega um conceito abstrato, mas que visa assegurar a atuação pública e privada, consistente no exercício dos direitos fundamentais do menor como meio mais adequado para seu desenvolvimento e amadurecimento, como um indivíduo sujeito de direitos. E esse princípio jurídico impõe ao Estado concretizar os direitos fundamentais em todas as suas frentes, sempre que os pais se desviarem ou se desvirtuarem de suas funções parentais, e, no que interessa ao presente estudo, igualmente quando algum dos genitores se utiliza dos filhos para tentar dirimir velhas disputas dos pais e com elas tentar obter qualquer tipo de vantagem, ou qualquer forma insana de vingança pessoal, obstaculizando a relação do filho com o genitor não convivente.⁵⁷

O parágrafo 4º versa a respeito da postura que deve ser adotada pelas partes, magistrado e pelo Ministério Público ante uma denúncia de alienação, mediante a urgência e gravidade que a mesma apresenta.

Nesse sentido, pontua o autor Douglas Phillips Freitas:

O legislador previu, no art. 4º, que partes, magistrado ou representante do Ministério Público, ao identificarem a prática da alienação, devem não só

⁵⁶ Art. 3º (ECA). A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁵⁷ MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno 5 . ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 68.

conferir tramitação prioritária ao processo, como promover medidas assecuratórias dos direitos do menor em desejo do genitor alienado.⁵⁸

À forma de tramitação e à instauração do processo ante um indicio de alienação parental foi concedida máxima prioridade visando proteger a integridade psicológica do menor, uma vez que os danos ocasionados pela conduta alienatória são irreparáveis podendo ser minorados na medida em que é preservada ou até mesmo restabelecida a convivência com o genitor.

Quanto às acusações fraudulentas realizadas pela figura do alienador, conclui ainda o referido autor:

Quando tais acusações são narradas, por exemplo, em ações de redução ou de suspensão de período de convivência ou modificação de guarda, o magistrado, ainda que desconfie da sua veracidade, deve prezar pelo menor interesse do menor, devendo dar a tutela necessária para evitar majoração do dano ante a possível veracidade da acusação. Outrossim, salvo raros casos, não se justifica a cessação total ou contato com o genitor acusado, devendo por exemplo, manter períodos de convivência vigiados até a conclusão da investigação.⁵⁹

Ocorre que de forma recorrente são constatados casos de alienação parental após o recebimento de falsas e caluniosas denúncias, como de abuso sexual, por exemplo, desta a forma, a referida Lei garante sempre que possível manter o convívio do menor com o alienado, mediante visitas em locais públicos nos casos mais delicados, até que se apure a veracidade dos fatos imputados pelo alienante, buscando desta forma solucionar o conflito garantindo o mínimo de convivência familiar entre os envolvidos.

Nesse sentido, afirma autora Ana Carolina Carpes Madaleno:

Tem sido muito comum se deparar com alegações processuais de abuso sexual do genitor não guardião, cujos fatos, por sua gravidade, quando verdadeiros, determinam de parte do julgador o afastamento de plano do

⁵⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 38.

⁵⁹ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 38.

convívio do menor com o genitor acusado de assédio sexual, especialmente quando o alienador se utiliza das falsas memórias, que incluem alegações mentirosas de ocorrência de abusos físicos ou de suposta molestação sexual praticada pelo ascendente visitante, provocando no magistrado a imediata reação de suspender o regime vigente de visitação, motivado pelo impacto da notícia e por temer pela segurança da criança ou do adolescente, posto que, sem o auxílio de peritos e diante da possível ausência de vestígios do crime alegado, mostra-se difícil ao juiz não resguardar o menor sem a pontual interrupção da convivência.⁶⁰

A perícia prevista pelo art. 5º pode ser requerida pelo magistrado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, nos casos onde haja indícios da prática de atos de alienação parental e é passível de ser realizada em ação ordinária autônoma, onde irão atuar profissionais interdisciplinares, sendo exigido dos mesmos capacitação e aptidão acadêmica ou profissional a ponto de identificar os atos alienantes praticados. O laudo deverá ser apresentado no prazo de 90 dias, podendo esse prazo ser prorrogado caso justificado o motivo.

Ainda nas palavras da referida autora:

Diferentemente da prática processual corriqueira, na qual a prova pericial geralmente é ordenada em estágio mais avançado do processo de conhecimento, em que o maior trunfo e a importância extrema da legislação vigente de enfrentamento da alienação parental residem na celeridade, eficiência e eficácia dos atos processuais destinados a coibir a prática da alienação, especialmente quando ela ainda se encontra em seus estágios iniciais, cuidando o art. 5.º da Lei 12.318/2010 de instrumentalizar o magistrado com mecanismos processuais atuando como verdadeiras tutelas de antecipação, com uma tramitação sumária, mas essencial para uma rápida prestação jurisdicional voltada para a integral proteção da saúde mental da criança ou do adolescente.⁶¹

Nos casos de falsa denúncia acerca do abuso infantil, acrescenta a autora Caroline de Cássia Francisco Buosi:

Quando há suspeitas de uma falsa acusação de abuso infantil o psicólogo que está realizando o tratamento deve ficar atento ao analisar cada passo

⁶⁰ MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno 5 . ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 108.

⁶¹ MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno 5 . ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 116.

que a criança relatou sobre as situações de possível abuso e comparar com o que já foi dito por ela e pelo possível alienador. Isso se torna um dos pontos principais para derrubar falsas acusações, tendo em vista as controvérsias e o alinhamento do discurso entre um e outro. Na maioria dos casos em que ocorre o abuso sexual real, a incriminação é algo que se torna constante, enquanto nas falsas acusações essas mudam de acordo com as circunstâncias. Por isso é imprescindível ser analisado o contexto da vida da criança e dos genitores na época da revelação.

A informação não pode advir unilateralmente, devendo o profissional buscar diversas fontes para descobrir o máximo possível dentre os diversos contextos nos quais o cliente esteja envolvido. Assim deve visitá-lo em sua residência além do ambiente do consultório, entrevistar a família ou pessoas envolvidas diretamente com estes, ir até a escola ou instituições educacionais frequentadas pelo cliente, conversar com outros profissionais que já atenderam, quando for o caso, e até mesmo realizar observações indiretas da convivência familiar entre eles, realizando testes como somente um complemento e não como fonte mais importante dos dados coletados. A entrevista com a criança deve ser feita em particular em uma linguagem acessível ao entendimento da vítima, com um clima empático e próximo a ela.⁶²

Visando coibir os efeitos ocasionados pela alienação parental, levando em consideração a gravidade da conduta que diverge entre os casos, o art. 6º da Lei 12.318/2010 elenca de forma exemplificada medidas a serem tomadas pelo juiz frente a uma denuncia de alienação parental, não excluindo nenhuma delas a responsabilidade civil, sendo o dano moral que decorre da alienação parental também denominado de abuso afetivo.

Acerca do direito de pleitear o dano moral, expõe Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referencia materna ou paterna concretas, o que acarretaria a violação dos direitos próprios da personalidade humana.⁶³

⁶² BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental. Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá. 2012. p. 92.

⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **“Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos”**. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Marreto Moreira. *Leituras complementares de Direito Civil: Direito das Famílias*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 212.

As medidas visando à diminuição ou o fim dos atos de alienação variam de acordo com a gravidade do caso, como por exemplo, a mera advertência do alienador, podendo vir acompanhada da ampliação do regime de convivência do menor com o alienado ou das demais condutas previstas nos incisos do artigo mencionado.

Em alguns casos, conforme prevê o inciso III, poderá ocorrer à aplicação de multa ao alienador alternativamente, não sendo vedada a aplicação da mesma de forma cumulativa com os demais procedimentos, devendo ser levado em consideração às condições financeiras do genitor. A finalidade da aplicação da multa é forçar o cumprimento das obrigações determinadas pelo magistrado, como horários para visitas e comparecimento em terapias, visando desestimular práticas de alienação.

Além das sanções civis e criminais previstas, podendo ser elas cumuladas ou não, a Lei pretendendo reparar os danos psicológicos causados prevê a determinação do acompanhamento psicológico não só ao alienado e ao menor, como também à figura do alienante, pois entende que todos os participantes da alienação estão sujeitos as conseqüências psicológicas devastadoras ocasionadas.

Nesta linha, enfatiza Douglas Phillips Freitas:

É importante esclarecer que a realização de acompanhamento não se restringe ao menor alienado, pois em leitura sistemática com o caput, o alienador geralmente é quem precisa de auxílio psicoterápico, devendo ser ampliados os efeitos desta previsão a este e não restringidos à aquele, afinal, nos poderes conferidos por esta lei e pela regra do art. 461, em seu § 5.º, do Código de Processo Civil, o magistrado pode determinar de forma compulsória (sob pena de perda da guarda ou astreintes, por exemplo) que o cônjuge alienador realize também o tratamento.⁶⁴

O inciso V da Lei 12.318/2010 determina a modificação da modalidade de guarda quando necessário. Conforme exposto anteriormente, em regra, deve ser adotada a guarda compartilhada visando manter os laços de afetividade e

⁶⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 44.

convivência dos filhos com os pais nos casos de dissolução do vínculo conjugal, sendo a adoção da guarda compartilhada obrigatória como forma de prevenção da alienação parental, na medida em que o desenvolvimento psicológico da criança não é tão afetado quando se proporciona a continuidade da relação da prole com seus pais. Sendo assim, é possível a reversão da guarda unilateral para a compartilhada, bem como, quando atender o melhor interesse da criança, a inversão da guarda compartilhada para unilateral.

Em alguns casos se faz necessário a aplicação do inciso VI da referida Lei, medida que possui o intento de determinar a fixação cautelar do domicílio do menor, em razão de ser constante a mudança do endereço nos casos de alienação parental, onde o alienante muda-se de endereço sem avisar o outro genitor com a finalidade de dificultar o acesso do alienado à criança. A possibilidade de fixação cautelar também visa garantir celeridade aos julgamentos das demandas, tornando o domicílio preventivo para a prática de atos processuais.

Nos casos mais graves de alienação, é possível que ocorra a suspensão da autoridade parental, acerca do tema leciona Ana Carolina Carpes Madaleno:

Por fim, nos casos mais severos de alienação, Richard Gardner propõe separar o filho do domicílio do alienador e colocá-lo sob a custódia do genitor alienado, em uma espécie de período de “descompressão”, durante o qual não pode haver nenhuma forma de contato entre o infante e o progenitor alienador, devendo esse espaço de tempo ser monitorado por um terapeuta judicial indicado pelo juiz da causa, sendo retomados progressivamente os contatos e a convivência. Essa transferência da guarda e a suspensão do contato com o alienador têm o propósito de proteger a criança ou adolescente para que não fique exposto por meio do processo judicial, agravando, dessa forma, a patologia da alienação, muito embora os tribunais titubeiem em deferir as alterações de guarda, entendendo serem prejudiciais à criança, que assim tem modificada sua rotina de vida e suas referências, gerando-lhe transtornos de ordem emocional, que certamente não são maiores dos que os transtornos emocionais que essas crianças e adolescentes, vítimas imaculadas da alienação parental advinda de quem lhes têm a custódia, e sobre quem depositam sua tola confiança, já sofrem enquanto permanecem na teimosa companhia do alienador, que as vê como *crianças objeto*, e não como *crianças sujeitas de direitos* (art. 227 da CF) como se fossem apenas desalmados instrumentos postos a serviço das insanas projeções de vingança de seus pais.⁶⁵

⁶⁵ MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno 5 . ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 127.

Conforme o entendimento do autor Douglas Phillips Freitas⁶⁶, muito embora o texto de Lei não faça menção ao poder familiar, tema também já tratado, a suspensão da autoridade parental apresenta-se como o mesmo instituto, podendo a alienação parental se configurar como uma das causas de suspensão do poder familiar, podendo ser decretada por tempo indeterminado ou determinado, na totalidade de seus atributos ou em parte deles

O art. 7º da Lei objeto de estudo refere-se à aplicação da guarda unilateral quando inviável a aplicação da guarda compartilhada, devendo ser atribuída guarda unilateral ao genitor que oportunizar a convivência da criança com o ex-companheiro.

Nesta linha, pontua a autora Ana Carolina Carpes Madaleno:

De qualquer sorte, a preexistência de uma guarda compartilhada dos pais não inibe a modificação judicial da custódia dos filhos quando percebida a prática de alienação parental por um dos genitores detentor conjunto da responsabilidade parental da criança ou adolescente, até mesmo porque ajustes ou decisões judiciais acerca da guarda dos filhos sempre podem ser judicialmente revistas,, igualmente importando na possibilidade de modificação judicial do regime de visitas anteriormente acordado ou fixado por decisão do juiz. ⁶⁷

No que concerne à mudança de domicílio pela criança, o art. 8º da lei de alienação parental define ser irrelevante para a determinação de competência para julgamento das ações.

Nos ditames do autor Douglas Phillips Freitas:

O art. 8º da Lei de Alienação Parental parece contrariar toda a estrutura processual sobre o foro competente ser o do menor, inclusive com recente sumula do STJ nesse sentido. Entretanto, em uma leitura mais atenta nota-

⁶⁶ FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 47.

⁶⁷ MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno 5 . ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 131.

se que a “alienação de domicílio” seria aquele decorrente da prática da alienação parental, principalmente quando já proposta a ação.⁶⁸

Portanto, se a alteração de domicílio for realizada de maneira consensual entre os genitores, não há que se falar em prejuízo, somente podendo ser levantado esse aspecto nos casos em que a mudança foi resultado de um ato de alienação parental, onde o alienante pretendia dificultar a convivência e afetividade do menor com o alienado.

No que diz respeito às formas de viabilizar o contato, firma Ana Carolina Carpes Madaleno:

Certamente não haverá abuso quando o genitor precisar mudar justificadamente de domicílio em razão de trabalho, ou porque retorna à sua cidade e aos seus familiares de origem, considerando haver acompanhado com o casamento ou união de fato seu cônjuge ou companheiro na fixação do domicílio e da vivenda conjugal, ou ainda porque formatou nova relação afetiva, ou porque perdeu seu emprego e tem dificuldades de conseguir novo vínculo laboral na cidade onde morava, como também pode se sentir ameaçado pela proximidade física do outro genitor, especialmente se existirem antecedentes de violência doméstica, entre tantos outros ponderáveis motivos. Convém nesses casos inevitáveis de distanciamento físico disponibilizar todos os recursos de comunicação para que o ascendente distanciado dos filhos tenha com eles livre e adequado contato por meio de *e-mail*, Facebook, e outras tantas redes sociais (LinkedIn, MySpace, LiveJournal, Flickr, Twitter), telefone, Skype, correspondência epistolar etc., tratando com esses gestos de afastar de plano qualquer suspeita ou acusação de alienação parental.⁶⁹

Sendo assim, a Lei da alienação parental em todas as suas especificidades visa combater, minorar e extinguir os atos alienantes, de maneira que se houver maturidade entre os cônjuges e uma boa relação, a lei não obsta nem mesmo a alteração de endereço, cabendo ao responsável que habita com o menor a responsabilidade de viabilizar e até mesmo incentivar a convivência/comunicação e a afetividade do menor com o ex-companheiro, até mesmo por meios eletrônicos, com o intuito de fazer com o que o menor não se

⁶⁸FREITAS, 2014, p. 49.

⁶⁹MADALENO, 2018, p. 135.

sinta privado de manter contato e muito menos esquecido pelo genitor, causando-lhe a sensação de abandono afetivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo analisar de que forma a evolução do poder familiar influência nos modelos familiares existentes, na medida em que enquanto vigente o pátrio poder, apenas o pai era detentor de uma série de direitos e responsabilidades que hoje graças à conversão do pátrio poder em poder familiar é que os companheiros possuem igualdade de direitos e deveres para com a figura dos filhos. Um dos fatores que concedeu autonomia à mulher foi a sua inserção no mercado de trabalho, fato esse que lhe conferiu uma rotina igual ao da figura paterna que anteriormente era apenas detentora do dever de prover o sustento familiar, enquanto que à mulher era responsável por prestar cuidados à prole, bem como o desempenho de tarefas domésticas. Diante disso, constantemente cabe ao direito acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade para que possa garantir o princípio da igualdade de direitos para todos, desta forma, alterações legislativas devem ser feitas para que essa garantia se torne possível.

Levando em consideração a independência da mulher e o grande aumento de dissoluções conjugais, visando proteger o fruto mais valioso da união conjugal que são os filhos, foi detectada necessidade de regulamentação por meio de Lei no que concerne à guarda, a fim de proteger os direitos da criança.

Ocorre que nos casos de separação consensual os ex-companheiros possuem mais maturidade e discernimento para tomar decisões relativas à prole, por outro lado, infelizmente a maioria das dissoluções se apresenta de maneira litigiosa e em meio ao caos que a delicada situação instaura, devem ser decididos quesitos importantes à respeito dos filhos, que por sua vez são considerados pelo direito de família as maiores vítimas.

Os dois modelos principais de guarda conferidos por lei e reconhecidos pela doutrina são: Guarda Compartilhada e Guarda Unilateral. A unilateralidade da guarda é aplicada somente quando esta for a que atender o melhor interesse da criança, tendo em vista que essa espécie de guarda ocasiona o distanciamento do menor com o genitor não detentor da guarda, visto que esse apenas teria direito de visitas determinados, passando a não conviver mais com a criança de forma

habitual e também de certa maneira eximindo-o da responsabilidade de forma integral que passa a ser apenas do detentor da guarda.

Ante a necessidade de priorizar o interesse do menor que é atingido psicologicamente com a alteração da coabitação e afetividade que ocasiona a dissolução da vida conjugal, foi promulgada a Lei 13.058/2014 que determina a escolha da guarda compartilhada de forma preferencial, ou seja, em casos de não definição e se não comprovado que a guarda unilateral atende o melhor interesse da criança, é aplicada obrigatoriamente a modalidade de guarda compartilhada. O intuito da Lei foi promover uma melhora nas relações que se encontravam viciadas pelas consequências da guarda unilateral, como o afastamento. Desta forma, o compartilhamento da guarda traz vantagens para os pais que passam a exercer em igualdade de direitos e responsabilidades a guarda dos filhos, bem como para o menor que passa a conviver com ambos os genitores, dando continuidade de uma forma mais natural aos laços afetivos.

A guarda compartilhada é utilizada também como forma de prevenção do instituto da alienação parental, que consiste na prática reiterada de atos por parte da figura do alienante com a finalidade de desmoralizar e fazer com que o menor desenvolva sentimentos negativos em relação ao alienado. Essa espécie de lavagem cerebral que é feita na criança é realizada na maioria dos casos em virtude de uma dissolução conjugal a qual ocasionou rancor e mágoa na figura do alienante, que em muitas vezes até inconscientemente acaba por utilizar a criança como instrumento de vingança, a fim de atingir seu ex-companheiro. Em alguns casos a figura do alienante implanta falsas memórias no menor, se utilizando de falsas informações em alguns casos até mesmo condutas delituosas, a fim de manchar a imagem e fazer com que a criança acredite nos fatos imputados e se sinta abandonada afetivamente pelo alienado.

A Lei da alienação parental 12.318/2010 elenca as condutas que incidem na praticam da alienação pelos pais e define medidas a serem tomadas pelos magistrados frente a uma denúncia de alienação parental, sendo algumas mais brandas como a multa e outras mais enérgicas e severas como alteração no regime de guarda e suspensão da autoridade parental.

Tanto a opção pela guarda compartilhada como a Lei da alienação parental possuem a finalidade de proteger a criança no que tange a seu

desenvolvimento emocional, pois esse decorre de uma série de fatores que o fenômeno da alienação parental pode comprometer seriamente com seus efeitos devastadores causados, por isso deve ser detectada o quanto antes. Diante dos efeitos que os atos alienatórios produzem nas vítimas, ao direito não somente cabe revertê-los, mas principalmente visando proteger o menor e seu desenvolvimento se faz necessária a prevenção, ou seja, atuar de forma que se torne extinta a ocorrência do fenômeno da alienação parental.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental. Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá. 2012.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **A contradição no regime de separação absoluta de bens**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n 26, p. 144-158, out.-nov. 2004.

CIAMBELLI, Viviane M. **Impacto da Alienação Parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais**. São Paulo: Iglu. 2012.

Congresso Brasileiro de Direito de Família (7. : 2009 : Belo Horizonte, MG) **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre : Magister/IBDFAM, 2010.

DENINGER, Erhard. **“Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: UFMG. n. 88. 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3.^a ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRIDARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRIDARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **“Os contornos jurídicos da responsabilidade afetica na relação entre pais e filhos”**. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Marreto Moreira. Leituras complementares de Direito Civil: Direito das Famílias. Salvador: Juspodivm, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco**. São Paulo: EDUSP, 1976.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno 5 . ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental**. O que é isso?. Campinas: Autores Associados, 2010.