

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

LUCAS BERNARDO DIAS DE LIMA

ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS NA GUARDA COMPARTILHADA

**CURITIBA
2018**

LUCAS BERNARDO DIAS DE LIMA

ALIENAÇÃO PARENTAL E OS REFLEXOS NA GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada ao Centro Universitário Curitiba, como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Adriana Martins Silva.

**CURITIBA
2018**

RESUMO

Foi objetivo deste estudo, verificar os possíveis reflexos da alienação parental sobre a guarda compartilhada dos filhos, sobre estes e sobre o cônjuge alienado. Por muito tempo a atual denominação de alienação parental não foi considerado sob o aspecto jurídico, ensejando que, à separação, restando mágoas e sentimentos de vingança, esta vingança fosse perpetrada por um dos ex-cônjuges, contra o outro, por meio do mais inocente, como instrumento: o menor sob guarda. Entretanto, no decorrer do tempo, percebeu-se que esta prática, bastante comum, trazia prejuízos inavaliáveis tanto à parte alienada quanto ao menor. Assim, o legislador debruçou-se sobre a questão, buscando, na medida do possível, avaliar, a extensão dos danos que poderiam ser causados, e legislando, então, em prol das vítimas desta pérfida prática. Assim, surgiu, mesmo que de forma tímida, no ordenamento jurídico pátrio, legislação no sentido de coibir ou punir esta forma de agressão. Em 2010, a legislação brasileira estabeleceu medidas preventivas e punitivas neste sentido, surgindo, então a primeira lei específica que diz respeito à alienação parental.

Palavras chave: Alienação. Guarda. Cônjuges. Família. Parental.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO CONCEITUAL	6
2.1 A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR NA HISTÓRIA – DA PROcriação E PATRIMÔNIO AO AFETO.....	10
2.2 QUESTÕES RELATIVAS AO PÁTRIO PODER E AO PODER FAMILIAR.....	16
2.3 OS DIREITOS E AS OBRIGAÇÕES COM RELAÇÃO AOS FILHOS	18
2.4 IGUALDADE DOS CÔNJUGES E A GUARDA DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO DO CASAL	21
3 A GUARDA DOS FILHOS	29
3.1 A MODALIDADE DE GUARDA UNILATERAL	33
3.2 A MODALIDADE DE GUARDA ALTERNADA.....	34
3.3 A MODALIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA	35
3.4 ALTERAÇÕES OCORRIDAS NA GUARDA COMPARTILHADA.....	38
4 ALIENAÇÃO PARENTAL	42
4.1 O INÍCIO DA ALIENAÇÃO PARENTAL	43
4.2 CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL PARA OS FILHOS E PARA O ALIENADO	48
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52
ANEXO A – Lei da Alienação Parental	57

1 INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas na sociedade brasileira, principalmente no que tange à liberdade de escolha dos indivíduos, refletiu-se, como em muitos outros campos, também na formação familiar e na questão da indissolubilidade do casamento, pois, até certo momento histórico, o casamento era, tanto sob o aspecto moral quanto sob o aspecto legal, indissolúvel, não importando as razões deste casamento e nem mesmo a questão afetiva, mas pautando-se, sempre, pela indissolubilidade, o que fazia com que os cônjuges, independentemente de seus sentimentos ou satisfação com a união, deveriam permanecer juntos até a morte.

Assim, muitos casais mesmo contrariados em seus sentimentos ou insatisfeitos, por qualquer razão, na união, permaneciam em casamento, para a satisfação maior da sociedade e dos filhos, e porque a lei não lhes permitia a separação, nutrindo, muitas vezes, sentimentos de ódio, um cônjuge pelo outro.

Entretanto, no decorrer do tempo, a própria sociedade, percebendo nestas uniões a hipocrisia da estabilidade, foi se tornando mais permissiva com relação às separações e, a legislação, a pouco e pouco, como necessário é, foi se adaptando aos novos anseios desta sociedade, até que, com a admissão legal do divórcio, no Brasil, a sociedade banuiu a ideia da insolubilidade, ensejando, então, às pessoas que não são felizes no casamento, se desvincularem deste matrimônio e buscar outros caminhos para sua própria felicidade.

No entanto, de grande parte das uniões advém prole, a qual, na separação, deve ser contemplada como parte a ser protegida e com o direito à convivência tanto com o genitor, quanto com a genitora.

À separação, são estabelecidos os critérios desta convivência, quando, então, se em uma separação amigável, parece não haver maiores problemas para a guarda e proteção dos filhos, ocorrendo, porém, que em grande número de casos, não existe tal consenso entre o casal, o que redundando em litígio, surgindo, por isto ou por outras razões, raiva ou mesmo ódio, o que gera, amiúde, um sentimento de vingança por parte de um dos ex-cônjuges que busca, por várias vias, a concretização de tal vingança utilizando-se dos próprios filhos para atingir tais objetivos, surgindo, assim, a figura da Alienação Parental, escopo central deste estudo.

Os reflexos produzidos pela alienação parental sobre a guarda compartilhada, nos casos de separação de casais com filhos.

Assim, foi objetivo deste estudo, verificar os possíveis reflexos da alienação parental sobre a guarda compartilhada dos filhos, sobre estes e sobre o cônjuge alienado.

Justifica-se o estudo pretendido pela grande incidência de fatos que ocorrem com relação à alienação parental, na qual um dos cônjuges busca descaracterizar a personalidade do outro, buscando obter algum tipo de suposta vantagem ou suposta vingança, prejudicando o cônjuge alienado.

Também se justifica pelo cunho social, visto que a conscientização das pessoas com relação a prática em tela por em risco, além da imagem do alienado, o equilíbrio emocional e psicológico do filho, ocasionando problemas de diversas ordens que se refletem no convívio social.

Para atingir-se o objetivo proposto, partiu-se da seguinte questão problema:

Quais os possíveis reflexos que a alienação parental podem produzir sobre a guarda compartilhada?

Podendo-se, ainda, citar como objetivos específicos, os seguintes: Apresentar os conceitos históricos de família e sua evolução; Tratar de questões referentes à separação do casal e a guarda dos filhos; Elencar os elementos que evidenciam a alienação parental;

Os procedimentos metodológicos aplicados ao estudo foram o método dedutivo, além da pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, com vistas a fundamentar o estudo no que afirmam os autores, a legislação e a jurisprudência.

2 FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO CONCEITUAL

A família, desde os tempos mais remotos, tem sido a menor e mais importante célula constitutiva da sociedade.

A família tem sido, no decorrer da história da humanidade, o esteio mestre da sociedade, pois nela é que todo o ser humano, sem exceção, aprende os primeiros e mais rudimentares princípios de vida em sociedade.

Primeiro, aprende-se a proteção, pois os pais, via de regra, são os responsáveis pelos ensinamentos de que o mais forte e o mais capacitado, devem proteger o mais fraco e menos capacitado, tornando, assim e só assim, possível a sua sobrevivência.

Naturalmente a relação entre os indivíduos desta célula social denominada família, se dá, a princípio, pela ligação de parentesco consanguíneo, entre pais e filhos. Esta consanguinidade, depois, extrapola a linha direta e se ramifica, mantendo o laço familiar, já um pouco distanciado, mas ainda consanguíneo.

Entretanto, mesmo se distanciando, ainda permanece o senso social de família, o que se vê, posteriormente entre indivíduos cujos laços familiares já não são consanguíneos, mas pelos outros membros da célula, se tornam parte desta sociedade. Isto pode-se perceber pelo casamento de filhos, por exemplo, cujos cônjuges entram para a família.

A formação do capital cultural que o indivíduo absorve, já na primeira infância, é oriundo das relações familiares, formando, em parte, sua personalidade e sua escala de valores.¹

Portanto, nota-se a importância como elemento fundamental até mesmo para a sobrevivência da própria espécie humana, pois, no seio dela é que se aprendem os primeiros rudimentos de vida e sobrevivência. Aprende-se as primeiras palavras; os primeiros passos; os primeiros valores.

Na família, pelo exemplo, aprende-se a comunicação e o relacionamento com outros indivíduos. Aprende-se que este relacionamento é fundamentado em regras e normas que se não seguidas, podem acarretar problemas para os

¹ CARVALHO, Maria Moreira; ALMEIDA, Paulo Henrique. Família e proteção social. São Paulo em Perspectiva. Vol. 17, no. 2, Abr/jun 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392003000200012&script=sci_arttext> Acesso em 06 mar 2018.

indivíduos que compartilham o mesmo espaço, os mesmos instrumentos, os mesmos anseios e, enfim, compartilham a vida.

Aprende-se, no seio da família, a receber sim e não, iniciando-se, assim, uma fase de aprendizado que leva o indivíduo, aos poucos, a perceber que existem certos elementos que devem fazer parte da sua vida e outros que devem ser evitados por ele. Aprende-se, então, a diferenciar o certo do errado, recebendo-se as primeiras noções de moral e ética, por meio dos mais simples fatos do cotidiano.²

Assim, pode-se inferir que, se desde o seu nascimento o indivíduo tem repetidos exemplos de certas atitudes que são praticadas no âmbito da família e com tais exemplos cresce, os absorverá e fará deles, também, suas práticas. Isto significa que, se no seio da família, desde criança presencia demonstrações de honestidade, integridade, moralidade, ética e, enfim, bons exemplos, se apropriará destas atitudes e elas farão parte de sua personalidade; se, por outro lado, presenciar, de forma contumaz, exemplos contrários àqueles, fará deles seu espelho de vida e a eles dará continuidade em sua vida adulta, estando propenso a repetir, então, o que vivencia em seus primeiros tempos de vida, o que será o início da formação de sua personalidade adulta.

A pessoa nasce no seio da família, a qual é a menor célula que forma a sociedade e por ela é, basicamente, constituída, e no seio desta família inicia a modelagem de sua personalidade, sendo os pais os primeiros responsáveis pela orientação social e afetiva dos filhos, proporcionando-lhes, então, as primeiras noções do que é viver em sociedade. A família imprime na criança o sentimento de valores e depende, em muito, dos pais, para a formação do futuro adulto.³

O adulto, portanto, tem suas bases formadas na infância, e do que nela aprende, em muito depende a personalidade deste adulto.

A necessidade de afastar-se por longos períodos do dia dos pais, os quais passam a maior parte do tempo na labuta diária para oferecer melhores condições aos filhos, enseja que estes filhos absorvam uma série de outras referências que podem ser de estímulo positivo na formação de seus valores e de sua

² CASARIN, Nelsom Elinton Fonsseca; RAMOS, Maria Beatriz Jaques. Família e aprendizagem escolar. **Rev. Psicopedag.**, v. 24, n° 74, São Paulo, 2007. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862007000200009> Acesso em 08 mar 2018.

³ NEPOMUCENO, Gianni Lopes. O ser e o ter: a sua importância na formação moral do direito. **Domtotal**. Disponível em <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24655/o-ser-e-o-ter-a-sua-importancia-na-formacao-da-moral-do-direito>> Acesso em 08 mar 2018.

personalidade, mas, por outro lado, podem exercer influência negativa na educação destes indivíduos, distorcendo a formação de valores morais e éticos.

Este afastamento é, em suma, uma das primeiras formas de desagregação da família, sendo comum o fato de os pais chegarem à casa, ao final de uma jornada de trabalho e encontrarem, já, seus filhos dormindo; saírem pela manhã, muito cedo, enquanto seus filhos ainda dormem. Este ritmo de vida faz com que os pais estejam disponíveis para os filhos apenas em seus dias de folga, o que, via de regra, ocorre aos finais de semana.

Percebe-se, portanto, a necessidade da presença dos pais que, no caso em pauta, além de despertar uma sensação de abandono, nos filhos, faz com que os pais se sintam culpado e pode expor os filhos a situações indesejáveis que os levem à distorções de personalidade.

A palavra família é originária do latim *famulus*, termo que se referia ao núcleo de pessoas e bens incluindo também os escravos, todos estes estavam subordinados ao poder do *pater familias*. Assim era a família romana, patriarcal e hierarquizada e tratada como um grupo político, econômico e religioso, formado por pessoas dominadas pelo pai pessoas ligadas por sangue.⁴

Ao definir família, há várias acepções que a identifica, não se limitando a apenas um conceito e na compreensão de Clovis Bevilaqua⁵ é o grupo de pessoas que, a partir de um tronco familiar, se estendem, como descendentes deste mesmo tronco, em linha direta vertical e horizontal, até as gerações que mantêm este tronco em suas memórias.

Segundo Orlando Gomes, família em sentido amplo abrange todos os parentes que descendem de um mesmo antecessor. Desse modo, a família é formada pelos cônjuges, ascendentes, descendentes e colaterais limitando o grau. E em sentido restrito, família implica os pais e os filhos e seus cônjuges⁶.

A família é composta por integrantes que estão ligados por um vínculo conjugal ou por parentesco. E além das pessoas que se uniram por meio do casamento, também inclui outras uniões e os filhos. Apesar da proteção das

⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. Família e Parentesco. In: **Famílias reconstituídas**: Novas uniões depois da separação. São Paulo: RT, 2007. p. 20.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

⁶ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.39.

relações fora do matrimônio, o casamento é tratado com maior relevância no direito de família⁷.

Pode se conceituar a família de forma ampla como uma união entre pessoas que constituem um vínculo de parentesco até certo grau, os ascendentes, descendentes e colaterais, incluindo na família também o cônjuge que não é parente e ainda seus ascendentes, descendentes e colaterais designados de parentes por afinidade. Porém numa conceituação restrita família se estende entre pais e filhos⁸.

Na medida em que a sociedade foi se moldando as constituições brasileiras também sofreram inúmeras alterações em suas redações, principalmente no que tange ao tema família, a redação da Constituição de 1891⁹, na qual não consta nenhuma referencia à forma de composição familiar, apenas cita o casamento civil;

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

Já as Constituições seguintes de 1934, 1946, e 1967, o tema família agora em evidencia, trás em sua redação o casamento, o qual seria indissolúvel e assim tornando-o a única forma de constituição familiar, mantendo a ideia original da primeira constituição sobre a forma de reconhecimento da constituição da família.

Com o advento da Constituição de 1988, tudo o que foi mencionado em relação às famílias até então formada pelo casamento, se torna ineficaz, pois agora sua redação inclui as novas formas de composição familiar.

Nesse contexto afirma Euclides de Oliveira

Mas a principal mudança, conforme visto no tópico anterior, veio com a Constituição Federal de 1988, alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os participantes dessa união como também os seus descendentes.¹⁰

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Adoção. In: _____. **Direito Civil: Direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.15-16.

⁸ *Idem*.

⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 24 fev 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em 08 mar 2018.

¹⁰ OLIVEIRA, Euclides. **União estável do concubinato ao casamento**, antes e depois do novo código civil. 6.ed. São Paulo: Método, 2003. p. 33.

A família passou a se fundar mais no afeto. E com as mudanças conceituais, ocorre alteração na definição jurídica de família, adotando os princípios: do fundamento do casamento e da vida conjugal; da igualdade entre os cônjuges; e paridade entre os filhos¹¹.

Assim é que, neste estudo, toma-se o termo família na acepção da conjugalidade pai e mãe, e filhos, importando a relação entre estes familiares, visto a importância tanto da figura materna quanto da figura paterna, figuras estas que, quando rompida a relação conjugal, muitas vezes, se torna alienada por um ou outro ex-cônjuge, surgindo a figura jurídica da Alienação Parental, o que, de acordo com Maria Berenice Dias¹², é a tentativa, após a separação, de um dos ex-cônjuges denegrir a imagem do outro, perante o filho e a sociedade, imputando-lhe defeitos ou até mesmo ilícitos não cometidos, visando dar-lhe uma imagem de maldade ante o filho, em uma forma de vingança pela separação ou por qualquer outro fato.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR NA HISTÓRIA – DA PROCRIAÇÃO E PATRIMÔNIO AO AFETO

Desde os primórdios as pessoas se relacionam, seja pelo mero instinto de se acasalar ou por temer à solidão. Mesmo ocorrendo de modo natural a união entre os seres humanos, a família é um grupo informal, tendo liberdade para sua formação¹³.

A família originou-se entre os povos primitivos, porém esses estudos carecem de comprovações fáticas. Seguindo o pensamento de Morgan, haviam três épocas: o estado selvagem, a barbárie e a civilização. Nesses períodos pré-históricos houve paralelamente o desenvolvimento da família. No período do estado selvagem, os homens inicialmente sobreviviam com o que era produzido pela natureza, mais tarde esses povos passam a incluir na alimentação o peixe. E após o emprego do arco e flecha usados para caça. Na barbárie teve início com a criação da cerâmica, os animais são criados e domesticados e as plantas são cultivadas. E o

¹¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. *Op. cit.* p. 31.

¹² DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? **Migalhas**., 7 jul 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI26732,21048-Sindrome+da+alienacao+parental+o+que+e+isso>>. Acesso em: 29 abr 2018.

¹³ DIAS, Maria Berenice. Famílias Plurais. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 27.

período da civilização surge a escrita alfabética, fase de produção, da arte como a arquitetura, trabalhos com metais.¹⁴

Dentre os povos primitivos cogita-se a possibilidade em ter havido uma promiscuidade nas relações. Encontravam-se relações monogâmicas, poligâmicas e também a poliandria. Em 1861, eram ressaltadas nas obras literárias e em lendas que os povos primitivos desconheciam seus pais por existir a prática de promiscuidade, apenas as mulheres tinham a certeza de seus filhos, encontra-se em cada grupo um controle materno. E com a monogamia abandonou-se a promiscuidade, deixou de existir o domínio pela mulher, dando início ao patriarcado por influências religiosas, afastando a compreensão de que dependeu de transformações históricas. Porém Morgan adepto ao evolucionismo, subdivide três tempos primitivos já mencionados anteriormente. O estado selvagem era dotado de promiscuidade entre as relações, em seguida surge casamentos grupais formando a família consanguínea, que afastou as mães e os filhos das relações sexuais recíprocas. Na barbárie somente as mulheres podiam se relacionar com apenas um homem, porém os homens praticavam a poligamia, possuíam plena liberdade para se relacionar com outras mulheres. E na civilização apresenta-se a figura do casamento monogâmico¹⁵.

Mesmo que tenham sido apontados estudos sobre família em estágios primitivos, estes se ausentam de comprovações fáticas. Inicialmente havia um comércio de promiscuidade, onde cada mulher pertencia aos demais homens e cada homem as demais mulheres. Em outro momento conforme o autor Westermack, supõe-se que a família pode ter passado por um estágio em que se tenha ignorado a linhagem de parentesco do homem, adotava-se o posicionamento de que houve uma organização matriarcal, porém dificilmente possa ter ocorrido esse tipo de família.¹⁶

O desenvolvimento da família se deu por etapas tendo como última forma de família a monogâmica. A primeira forma de família encontrada foi a consanguínea, o vínculo de parentesco se dava pelo sangue ou casamento. Porém antes haviam as relações sexuais sem fronteiras, ou mesmo regras, eram caracterizadas pela

¹⁴ ENGELS, Friedrich. Estágios pré-históricos de cultura. *In: A origem da Família, da Propriedade e do Estado*. São Paulo: Expressão Popular, 2012. p. 37- 44..

¹⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.*, p. 37-40.

¹⁶ SILVA, Caio Mário Pereira. A família. *In: Instituições de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 29-30.

promiscuidade surgiram antes da família consanguínea, mas não foram reconhecidas como o primeiro grupo familiar. Da consanguínea adveio a família punaluaana que deu origem aos casamentos grupais, nessa forma de família não identificava o pai, apenas tinha o conhecimento de quem era a mãe, a descendência partia da linhagem da mulher, nesse momento histórico surgiu o matriarcado. É na família sindiásmica que inicia a união entre um casal, a mulher devia fidelidade na relação, mas o homem podia praticar a poligamia¹⁷.

Na família sindiásmica ocorre uma divisão no trabalho, o homem fica incumbido de trazer a alimentação, como de costume desses povos o homem podia ser proprietário de alimentos, gados e escravos, os filhos não podiam herdar pois ainda prevalecia o vínculo único na *gens* materna. Conforme as riquezas do homem começaram a crescer, seu papel na família tornou-se mais importante que o da mulher. O domínio da família passou a ser exercido pelo homem, derrubou o matriarcado dando espaço a família patriarcal. Dentre os romanos a família era patriarcal, na sua origem a palavra família era direcionada aos escravos. Na família romana havia a autoridade paterna com direito sobre sua mulher, filhos e escravos¹⁸.

A família monogâmica nasceu da sindiásmica, caracterizada pela união de um casal, com poder e hierarquia masculina, somente a mulher deveria ser fiel, o direito hereditário a ser seguido era o paterno¹⁹.

Com o advento do Estado, para que fosse considerado o vínculo entre as pessoas como entidade familiar era necessário que se concretizassem através do casamento firmado pelo matrimônio. Assim haveria a aprovação social e seu respectivo reconhecimento jurídico²⁰.

Os principais fins para o qual se formava a família no modelo de sociedade conservadora, hierarquizada e patriarcal era a procriação e produção nas indústrias, sendo essa a principal função familiar, gerar muitos filhos e assim grande produção. Pela necessidade da mão de obra, a mulher também passou a trabalhar. Ao deixarem os campos as pessoas passou a conviver mais com a família devido ao

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. O casamento como Instituição Privada. *In: Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 23-33.

¹⁸ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* p. 75-78.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 41.

²⁰ *Idem*.

espaço e assim passou a surgir afeto e conseqüentemente o amor no âmbito familiar²¹.

A família é socioafetiva, pois trata-se de pessoas inclusas em um meio social e com a convivência nasce o afeto, que é um fato social e psicológico²². Por esse fato houve certa resistência para que o considerasse sob uma visão jurídica. Mas o que importa ao direito são as relações travadas na sociedade, e aqui torna-se interessante em especial a família que se constroem a partir do afeto²³.

À primeira vista, a evolução da família é simples: ela perdeu suas funções “públicas” e passou apenas a ter funções “privadas”. Uma parte das tarefas antes confiadas a ela foi gradualmente assumida por instâncias coletivas; com essa socialização de certas funções, restou-lhe apenas a realização da vida privada. Nesse sentido, podemos falar de uma “privatização família”. Essa análise não está errada, mas é insuficiente. A família que se consagra exclusivamente a suas funções privadas já não é, de fato, exatamente a mesma que também possuía funções públicas. A mudança de funções acarreta uma mudança de natureza: na verdade a família deixa de ser uma instituição forte; sua privatização é uma desinstitucionalização. Nossa sociedade se encaminha para famílias “informais”. Mas foi também dentro da família que os indivíduos conquistaram o direito de ter uma vida privada autônoma. De certa forma, a vida privada se desdobra: no interior da vida privada da família surge agora uma vida privada individual. No horizonte dessa evolução, estão os lares compostos por uma única pessoa, onde a vida privada doméstica foi inteiramente absorvida pela vida privada individual²⁴.

Assim, Independente da situação configurativa da família e do filho, se natural ou adotado ambos vão ser filhos socioafetivos, pois o que importará será a convivência desses com seus pais. Assim a paternidade biológica seria equivalente à paternidade socioafetiva²⁵.

Conforme Paulo Lôbo as famílias atualmente se pautam nas relações afetivas, ser filho biológico ou adotado não faz diferença quando busca-se um filho para amar e ser amado, assim, a questão biológica se estabelece em outro plano que não o primeiro, sendo que a filiação se fundamenta na questão afetiva, em detrimento da biológica.²⁶”

²¹ *Ibidem*, p. 28.

²² CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2 ed.. Forense, 2017.

²³ LÔBO, Paulo. Família brasileira: origens, repersonalização e constitucionalização. *In: Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 29.

²⁴ CALDERÓN, Ricardo. **Op. Cit.** p. 17.

²⁵ *Ibidem*, p. 30.

²⁶ *Idem*.

Ou seja, a relevância maior está posicionada no afeto, pois o carinho que a criança irá receber é mais importante que a paternidade biológica.

Antes os filhos eram separados em legítimos e ilegítimos, aqui já apontavam que a união da família estava pautada no afeto²⁷. Também outra mudança significativa que foi adotada é acerca da igualdade entre os filhos²⁸.

Nos tempos primitivos a relação sexual era praticada livremente, cada mulher se relacionava com todos os homens e cada homem mantinha relações com todas mulheres, era praticado a poliandria pelas mulheres e poligamia pelos homens.

Eram nas organizações que antecederam a família romana que se encontravam a família comunal sem limitações quanto ao parentesco, com o poderio matriarcal não no sentido de uma superioridade feminina, o papel da mulher era de organizar tanto a família quanto a economia. Mas com a formação do Estado o homem retorna ao poder pondo o fim no domínio matriarcal, passando o pai a ser o chefe da família detentor do pátrio poder²⁹.

A família romana se organizava sob a forma patriarcal, havia um chefe na unidade familiar, o pai detinha poder sob sua mulher, filhos e escravo e sob os bens. A mãe sempre subordinada ao pai, jamais detinha poder. Os filhos podiam ser legítimos ou ilegítimos, isso dependia da fidelidade havida na constância do casamento, sendo que os ilegítimos eram tratados de forma diferenciada. Nesse período histórico a dissolução do casamento se dava pelos seguintes meios: morte; repúdio por parte do marido; ou ainda pelo divórcio³⁰.

Durou até a modernidade a família dos tempos remotos, a qual era controlada exclusivamente pela figura masculina. No feudalismo era adotado outro tipo de sistema: a família era usada como elemento político; e a partir de um aspecto econômico, tanto os interesses, quanto os gastos, eram compartilhados e isso decorria da vontade Divina³¹.

Porém a partir de traços resultantes da escola de Direito Natural, a família passou por grandes alterações quanto à sua formação, devia ser estruturada de

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 32.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 20-22.

³⁰ GOMES, Orlando. A família. *Op. cit.* p. 46-48.

³¹ *Ibidem*, p. 49

forma equitativa, sem distinções entre os entes da família. Enfraquecendo o entendimento da autoridade marital, no qual o homem tinha poder no meio familiar³².

Conforme Maria Berenice Dias a família da atualidade está ligada à um lado emocional do ser humano, tendo grande importância o afeto, não há uma definição precisa, mas existem na sociedade de hoje diversas formas de famílias³³.

Diante de uma compreensão atual, a família é protegida pelo direito, independente qual for sua forma. Pois a mesma é reconhecida como pilar da sociedade, por isso é tratada com muito apreço pelo ente Estatal que procura conservá-la³⁴.

Atualmente a família deixou de se pautar na hierarquia, que o marido possuía poder sobre tudo e todos. Agora prevalece a igualdade e respeito recíproco. Deve haver restrições para ingerência do Estado na estrutura da família, para que não invada demais na esfera dos indivíduos e acabe prejudicando. Assim deve-se encontrar um equilíbrio, não pode abandonar a regulação, porém, deve-se regradar com cautela³⁵.

O pilar da família na atualidade é a afetividade, não mais tem como ideal a procriação, perdeu o função de cunho econômico. E o que ajudou para essa mudança foi o ingresso da mulher no mercado de trabalho, que fez com que reduzisse o numero de filhos no vínculo familiar³⁶.

Com a Constituição de 1988, no que tange a família, teve maior relevância a pessoa em face ao patrimônio nas relações familiares. A família passou a se fundar no afeto, prevaleceu a igualdade entre os cônjuges, a igualdade entre os filhos, a facilidade para adoção, a responsabilidade pelos menores abandonados dentre outras seguridades constitucionais³⁷.

Então a função atual da família é a afetividade, devendo estar presente a solidariedade no convívio entre os seus componentes. As funções procriacionais, seja por questão econômica ou religiosa, pereceram, dando espaço ao afeto nas relações familiares³⁸.

³² Idem.

³³ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 42-43.

³⁴ *Ibidem*, p. 28-29.

³⁵ *Ibidem*, p. 29-30.

³⁶ LÔBO, Paulo, 2011. *op. cit.*, .p. 18-19.

³⁷ *Ibidem.*, p. 19-20.

³⁸ *Ibidem*, p. 20.

2.2 QUESTÕES RELATIVAS AO PÁTRIO PODER E AO PODER FAMILIAR

A expressão “poder familiar” advém de o antigo pátrio poder. Numa perspectiva histórica, no Direito Romano, o poder familiar organizava-se a partir da figura do pai, este considerado como chefe da família. O *pater* tinha o poder absoluto sobre o restante da sociedade familiar, era o único que adquiria bens e tinha domínio sobre o patrimônio da família³⁹ (VENOSA, 2010, p. 303).

O chefe de família também detinha o direito de vida e morte sobre o filho, pois podia impor-lhes pena corporal, vendê-los ou tirar-lhes a vida e ainda tinha a autoridade para ser chefe político, sacerdote e juiz, distribuindo justiça pela sociedade e dentro da estrutura familiar.⁴⁰

Nesse sentido Sílvio de Salvo Venosa⁴¹ afirma que “O patrimônio era integralmente do pai. Os filhos não tinham bens próprios”.

O pai, considerado o chefe absoluto com poderes ilimitados na organização familiar, reforçava dessa maneira a sua autoridade paterna “a fim de consolidar a família romana, célula-base da sociedade”.⁴²

Por outro lado à mulher não possuía direitos, nem qualquer capacidade jurídica, dependendo totalmente do marido. Esta apenas servia ao *pater*, cozinhava e cuidava dos afazeres domésticos.

Sílvio Rodrigues⁴³ aponta que na Idade Média de um lado encontrava-se a orientação romana, pela qual o direito revelava-se na forma da legislação justinianéia, por meio do *Corpus Iuris Civilis*, em que o interesse do pai era sobressalente, e no outro lado está à orientação germânica, pela qual o interesse do filho era mais importante que o do pai.

No Código Civil de 1916, o antigo pátrio poder foi chamado de poder familiar em que a figura do homem (pai) detinha todo o poder, sendo a mulher (mãe) totalmente submissa.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**. 6 v. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Direito de Família, v. V, 23 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 303.

⁴² RODRIGUES, Sílvio, **Direito Civil**. Direito de Família. v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 353.

⁴³ *Ibidem*. p. 255.

Segundo Maria Berenice Dias,⁴⁴ o Código de 1916 dava o poder exclusivo ao chefe de família, pelo qual o pai possuía o poder absoluto dentro da sociedade conjugal e a mãe, no entanto, tinha o dever de assumir e orientar os filhos, tornando-se uma forma de discriminação absoluta quanto à mulher, pois quando se tornava viúva e casava-se novamente, o poder sobre os filhos, independentemente da idade, lhe era retirado, vindo a assumi-lo somente em caso de nova viuvez.

A partir do surgimento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), o pátrio poder passou a ser desempenhado pelo marido com a colaboração da mulher, aos poucos desaparecendo a concepção de poder marital.

Somente após a Constituição Federal de 1988 que a igualdade entre homens e mulheres em relação a seus direitos e obrigações foi estabelecida. “Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros”.⁴⁵

Conforme o art. 5º, inciso I da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

E ainda, em seu artigo 226, §5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Assim, o poder familiar tornou-se uma obrigação de ambos os pais, a fim de resguardar e zelar pelo futuro de seus filhos, com caráter eminentemente protetivo.⁴⁶

Conforme o artigo 21 da Lei nº 8.069/90, ou Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder familiar, por direito, será exercido pelo pai e pela mãe, em igualdade, sendo que, qualquer de ambos, quando em discordância sob algum aspecto, pode, para dirimir tal divergência de opiniões, buscar o auxílio do poder judiciário.

Rolf Madaleno⁴⁷ discorre que a origem do poder familiar deu-se em razão de os filhos necessitarem de proteção e cuidados a partir do seu nascimento com a máxima dependência de seus pais e diminuindo essa necessidade no decorrer do

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *op. cit.*

⁴⁵ *Ibidem*. p. 31.

⁴⁶ Rodrigues, Sílvio, *Op. cit.* p. 357

⁴⁷ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2008.

crescimento da criança, cessando com a maioridade civil ou através da emancipação.

Segundo o autor, é de interesse natural que os pais tenham “poder função” ou “direito dever” proporcionando melhores condições de lazer, educação, formação para seus filhos, ajudando-os no desenvolvimento físico, moral, social, intelectual e principalmente afetivo, contribuindo para uma boa estruturação.

A partir do momento que foi reconhecida a igualdade de função entre o homem e a mulher, surgiu o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros. O Código Civil em seu artigo 1.511 ressaltou: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges”.

Dessa forma, não há que se falar mais em funções distintas para a figura do pai e da mãe, uma vez que estes possuem os mesmos direitos e obrigações dentro de uma família, no sentido amplo da palavra.

2.3 OS DIREITOS E AS OBRIGAÇÕES COM RELAÇÃO AOS FILHOS

De acordo com o artigo 1.634 do Código Civil, evidenciamos a relação de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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

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

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

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

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

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) 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)

A partir desse conhecimento legal pode-se entender que os pais têm a difícil tarefa de preparar seus filhos para a vida, além da função de ensinar-lhes os valores que deverão norteá-los.⁴⁸

Conforme elenca o primeiro inciso, um dos direitos e deveres dos pais é de dirigir a criação e educação da criança, ou seja, o intento do dever de criação é o de tornar os filhos úteis para si mesmos e para a sociedade, conferindo-lhes a instrução com finalidade educativa⁴⁹

O ordenamento jurídico não determina o modo como essa educação deve ser exigida pelos pais, porém, de acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança o Decreto nº 99.710/90, estabelece::

Artigo 29

1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

Porém, dentro dessa perspectiva, cabe pontuar que os pais, a partir da incumbência de prover a criação e educação da criança, têm também que prover o sustento material e moral, prestar-lhe assistência médica, estudo, proteção e carinho, buscando que ela absorva valores reais de cidadania, capacitando-a para prover, no futuro, seu próprio sustento e viver em ambiente fraterno e solidário.⁵⁰

Os incisos seguintes fazem menção aos pais terem seus filhos em sua companhia e guarda, conforme entende Ana Carolina Akel, “via de regra, os filhos

⁴⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 32.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Op. cit.* p. 38

devem permanecer junto à família a que estão ligados pelos laços de sangue e afetividade”.⁵¹

Portanto o dever dos pais recai sobre o cuidado de assegurar o direito de ter a guarda dos filhos, para exercer o ofício de zelar pela seguridade, tranquilidade, idoneidade e formação de caráter da criança. Desta forma, os genitores têm o direito de reter consigo os filhos no lar, regendo suas condutas, afastando-os de companhia não benéfica, estabelecendo locais a serem frequentados, proporcionando, dessa forma, uma vida melhor, mais segura e tranquila para o menor.⁵² Quando existirem divergências para o consentimento do filho menor, caberá a manifestação judicial para a solução da autorização.

Ainda observando o direito e o dever dos pais, destaca-se a orientação e a proteção ao menor quando o mesmo estiver respondendo em juízo, ou seja, compete aos pais, e, na falta de um deles, ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados, conforme artigo 1.690 do Código Civil.

Refletindo o assunto, Waldyr Grisard Filho afirma que há a necessidade da representação, pois se não representado o menor, nenhum ato que o menor pratique terá qualquer validade, visto sua condição jurídica; esta representação precisa ser universal, visto que deve abranger toda e qualquer relação jurídica que envolva o menor, sendo de natureza patrimonial ou familiar.⁵³

Na hipótese de casamento de filhos menores, há necessidade de consentimento expresso dos pais, ou de quem os represente, pois, relativamente incapazes, cumpre aos genitores orientá-los nesse sentido e verificar se a realização do matrimônio será ou não adequada ao bom desenvolvimento do menor.⁵⁴

Como já mencionado os pais têm o direito e o dever de conservar a guarda e companhia de seu filho, porém, quando esse direito e dever não estiver resguardado, cabe aos pais recorrer judicialmente por ele, por meio de Ação de Busca e Apreensão de Menor. Esses casos ocorrem geralmente quando os pais se encontram separados ou já divorciados e são tutelados pelo direito de visitas. Como

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibidem.* p. 39.

⁵³ GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.*, p.42.

⁵⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Op. cit.* p. 39.

por exemplo, o genitor ao qual foi conferido o direito retém seu filho e recusa-se a devolvê-lo ao detentor da guarda, cabendo dessa forma a ação.

A Ação de Busca e Apreensão nesses casos se faz necessária, embora traumática. É suficiente o pedido de concessão de tutela liminar e modificação de guarda ou visitas, nos casos em que a situação for inversa.⁵⁵

O direito e dever dos pais refletem em exigir dos seus filhos obediência e respeito, mas de forma recíproca sob pena de suspensão ou perda do poder familiar. Nessa perspectiva, cabe aos pais também exigirem que seus filhos executem serviços, independentemente da finalidade a ser atingida, desde que estejam de acordo com os preceitos elencados na legislação trabalhista.⁵⁶

2.4 IGUALDADE DOS CÔNJUGES E A GUARDA DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO DO CASAL

Para melhor entendimento no que tange à guarda dos filhos, é necessário que se trate de alguns princípios jurídicos.

Os princípios baseiam-se em mandamentos que superam as normas, são o pilar de sustentação do ordenamento jurídico pátrio. Princípios, de forma geral, manifestam um ideal de estruturação de um sistema.

Para Julio Ricardo de Paula Amaral (AMARAL, 2001, p. 2): “os princípios são fontes basilares para qualquer ramo do direito, incluindo tanto em sua formação quanto em sua aplicação”.⁵⁷

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros surgiu através com a Constituição Federal de 1988 e é aplicado ao direito de família. Com este princípio todo poder marital existente no Direito Romano desapareceu junto com a autoridade suprema do pai, que é substituída por um sistema em que a mulher e o homem devem tomar as decisões em comum acordo, pois nos dias

⁵⁵ *Ibidem*. p. 41.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 43.

⁵⁷ AMARAL, Jose Ricardo de Paula. Limitações à aplicação do principio da proteção ao direito do trabalho. Jus Laboris, Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg. - Belo Horizonte, 33 (63): 69-90, jan./jun.2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73089/2001_amaral_julio_limitacoes_aplicacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 abr 2018.

atuais a mulher deve ser vista como uma companheira ou colaboradora do seu parceiro e não mais como uma mera subordinada sem direitos⁵⁸.

Já Maria Berenice Dias afirma que “(...) falar em igualdade sempre lembra a célebre frase de Rui Barbosa ‘tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade’⁵⁹.”

Observa-se que a partir do nascimento deste princípio, a imagem do *pater*, como figura do poder absoluto não existe mais, abrindo porta para um novo aspecto: a igualdade entre o homem e a mulher, passando esses a ter os mesmos direitos e deveres, principalmente no seio familiar, tendo ainda o mesmo poder e direito sobre os filhos, conferindo-os o dever da adequada educação, saúde, alimentação, carinho e atenção.⁶⁰

A Constituição Federal extinguiu com os preconceitos e discriminações ao acrescentar o princípio da igualdade entre homem e a mulher, resguardando os mesmos direitos e deveres para ambos, produzindo consequências no poder familiar de suma importância (art. 5º, I e 226, §5º).⁶¹

Assim destaca-se esse princípio como aquele em que assegura tanto ao homem e quanto a mulher a igualdade para exercerem a mesma função dentro da esfera familiar.

A concepção de função deriva do papel de desempenhar um dever, cumprir com alguma obrigação ou finalidade. Esse princípio surgiu em decorrência dos princípios fundamentais, principalmente a partir da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade. Com o fim do patriarcalismo e a emancipação da mulher, confere-se a esta igualdade de direitos durante o casamento. “Isso significa que não há o estado de sujeição no qual a cônjuge virago se encontrava, podendo ela tomar decisões em conjunto com o seu consorte”.⁶²

O Art. 227 da Constituição Federal prevê que é obrigação da família, da sociedade e do Estado os direitos concernentes à criação e ao adolescente, como os direitos à vida, à saúde, à educação e à alimentação, assim como lazer e o aprendizado de uma profissão, além disso, à cultura, liberdade, respeito e, enfim,

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 25 ed., 2010. p. 19-20.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 61.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 66.

⁶¹ *Ibidem*. p. 65.

⁶² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Direito de família e Sucessões. v. 5, 7 ed. 2013.

todos os direitos concernentes à pessoa humana e à própria condição de criança ou adolescente, como a convivência familiar e em sociedade, evitando-lhe qualquer forma de discriminação ou negligência, ou qualquer condição que venha a desrespeitar seus direitos.

Para Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 101) “De fato, a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. [...] A família é o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro”.⁶³

O princípio da afetividade tem grande ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo considerado aquele que norteia as relações familiares e a solidariedade familiar. “A posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado”.⁶⁴

O princípio da afetividade não possui previsão legal específica, foi fundado no sentimento através de outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, proteção e o campo da necessidade básica: como o amor, educação, saúde e a obrigação de proporcionar o desenvolvimento adequado da criança, sem nenhuma privação. Essa origem através do desmembramento de outros princípios não o torna secundário e vem sendo frequentemente discutido nos tribunais.

De acordo com o que se pode ler no artigo 3º da Lei 8.069-90 – Estatuto da Criança e do Adolescente:

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-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.

O amor não tem definição certa, mas não se pode concluir que inexistam aquilo que não pode ser racionalmente delineado. “O fato é que o amor – a afetividade – tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza inafastável de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida”.⁶⁵

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. v. 6, 2 ed. 2012.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 71.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.* p.92.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.⁶⁶

O art. 1634 traz os deveres dos pais em relação aos filhos, no entanto, deixa de fora um dos deveres mais importantes que é o de dar amor, afeto e carinho.

Informa Rolf Hanssen Madaleno (2008, p. 347) que “para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa ser criada, sempre que possível, num ambiente de afeto e de segurança moral e material de modo a concretizar o ideal de formação e educação dos filhos comuns”.⁶⁷

O doutrinador tem o afeto como o “combustível” necessário ao sadio desenvolvimento da criança e do adolescente. Sendo que estas relações de afeto se desenvolvem com a interação e o relacionamento.

Quando se trata do relacionamento de afeto entre pai e filho alguns doutrinadores entendem que o abandono afetivo é muito pior que o abandono financeiro, pois, o auxílio financeiro pode ser prestado por terceiros ou até mesmo pelo Estado, mas, o afeto paterno não pode ser substituído.

Com a nova concepção de família e seus desdobramentos, a questão da afetividade é de suma importância no ramo do Direito da Família e, com isso, este assunto está sendo amplamente discutido, uma vez que se trata de um direito da criança e do adolescente.

O princípio da dignidade da pessoa humana possivelmente seja o mais importante e envolve diretamente os direitos humanos e a justiça social.

Destaca Maria Berenice Dias⁶⁸ que este é um princípio macro e, a partir dele se difundem os outros, como cidadania, igualdade, autonomia e os que mais houverem, formando uma plêiade de princípios éticos.

A Constituição Federal dispõe no artigo 1º: “A Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”. Ainda art. 226, § 7º da mesma Constituição estabelece que o planejamento familiar encontra-se “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”. Assegurando a eficácia deste princípio nas relações familiares.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 72.

⁶⁷ MADALENO, Rolf Hanssen. *Op. cit.* p. 347

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 62.

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o próprio nome diz, significa que deve existir dignidade igual a todas as pessoas ligadas ao seio familiar, não podendo nenhuma pessoa receber tratamento diferenciado.

Segundo Maria Berenice Dias “A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”⁶⁹.

A pessoa humana passou a ser o centro de todo o ordenamento jurídico, atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de todos os demais princípios contidos na ordem jurídica constitucional e infraconstitucional. Para Paulo Luiz Netto Lôbo: “É essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Judiciário”⁷⁰.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 18 prevê o direito da criança e do adolescente à dignidade, conforme se vê: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Ainda o artigo 15 do mesmo Estatuto dispõe que “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Lourival Serejo entende que:

O destaque da dignidade humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a idéia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao Estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana.⁷¹

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta de forma consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.⁷²

⁶⁹ *libdem*. p. 63.

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 9.

⁷¹ SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

⁷² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Neste sentido Lourival Serejo afirma que “É, enfim, o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização”.⁷³

Assim as relações jurídicas familiares, devem sempre ser guiadas através da proteção da vida e da integridade dos membros de uma família, unidos pelo respeito e assegurando todos os direitos da personalidade.⁷⁴

A dignidade humana possui um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as alternativas e esperança, patrimoniais e afetivas, que não podem faltar na realização pessoal, em busca da felicidade.

Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade.⁷⁵

Esse princípio é preservado conforme se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas na esfera pessoal, mas junto com ela na sua esfera de relações sociais. “Somente será pleno e efetivo quanto observado também no seio das relações de família”.⁷⁶

O direito da família está inteiramente ligado aos direitos humanos, que têm como embasamento o princípio da dignidade da pessoa humana, “versão axiológica da natureza humana”⁷⁷

Observa-se, então, que o direito à dignidade abarca todos os demais direitos fundamentais, entre eles, os direitos da personalidade, pressupondo seu reconhecimento. O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do nosso Estado de Direito e deve permear todas as relações na sociedade e, em especial, as relações oriundas do Direito de Família, como a relação paterno filial.

O melhor interesse da criança é um princípio base para o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo de extrema importância. Decorre de um princípio ainda maior que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Os deveres dos pais devem sofrer limitações, sob pena de configurar o abuso de direito. Essas limitações nada mais são do que o interesse dos filhos, sob a ótica dos princípios do melhor interesse do menor e da proteção integral da pessoa humana, ou seja, a conduta do

⁷³ SEREJO, Lourival. *Op. cit.* p. 20.

⁷⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.* p. 30.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.* p. 80.

⁷⁶ *Ibidem.* p. 82

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.*, p. 63.

genitor deverá ocorrer dentro dos limites impostos pelo poder familiar e almejando conquistar benefício para os filhos.

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou “*Best interest of the child*”, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata exatamente da proteção dos interesses da criança⁷⁸

O princípio do melhor interesse da criança possui grande importância na ordem jurídica brasileira e pode ser observado no artigo 227 da Constituição Federal anteriormente citado.

Significa que, em respeito à função social desempenhada pela própria família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem proporcionar o acesso adequados aos meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes que fazem parte do seio familiar.⁷⁹

Note-se que os interesses das crianças e dos adolescentes devem prevalecer sobre qualquer outro bem ou interesse tutelado pela lei, preservada ao máximo quando se encontram em situação de fragilidade. O melhor interesse da criança e do adolescente deve ser levado em conta, sobretudo, nas ações judiciais relativas à disputa de guarda e de regulamentação de visitas. Principalmente por estar em processo de amadurecimento, passando pela formação da personalidade, por isso encontram-se em estágio de maior cuidado. O princípio permite o pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, e é diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação ou divórcio dos genitores.⁸⁰

Essa proteção que consta na Constituição Federal é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que vê a criança como aquela que possui idade entre zero e doze anos incompletos, enquanto é considerado adolescente aquele que tem entre doze e dezoito anos de idade completos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive, no parágrafo único, do art. 28, prevê sempre que possível a oitiva da criança a fim de que se manifeste acerca da sua situação e destino. Esta oitiva é muito importante para o juiz no momento de proferir a sentença, com fundamento no princípio do melhor interesse

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.* p. 102.

⁷⁹ *Ibidem.* p. 101.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** *Op. cit.* p. 24.

da criança. Ainda, em reforço, o artigo 3º deste Estatuto, conforme já citado, garante todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Mais do que simplesmente jurídica, é espiritual a maior responsabilidade que assumimos perante os nossos filhos em nossa jornada terrena. E dessa responsabilidade nenhum dos pais escapa.⁸¹

Diante do exposto, conclui-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é parte integrante de um sistema maior adotado a partir da promulgação da Constituição de 1988 e, mais tarde, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que corresponde à proteção integral da criança e do adolescente. Como visto anteriormente o princípio assegura o pleno desenvolvimento e formação do menor, garantindo todos os direitos, impedindo assim o abuso do poder dos pais, inclusive a proteção contra possível alienação parental.

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.* p. 102.

3 A GUARDA DOS FILHOS

Pode-se entender a guarda dos filhos como o liame para a concretização do poder familiar, é a responsabilidade exercida pelos pais igualmente, a fim de proporcionar afeto, amor, proteção, educação, alimentos, tornando o menor capaz de exercer seus direitos e deveres perante a sociedade.

Tem caráter protetivo, compreendido como um instituto jurídico através do qual é atribuído a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.⁸²

Embora haja uma ligação que une “poder familiar” e “guarda”, tais institutos não se confundem, em razão do primeiro ter natureza própria advinda da necessidade de proteção aos filhos, ao passo que o segundo é dele decorrente ou, ainda, é um dos elementos que o compõem.⁸³

Fernanda Rocha Lourenço Levy comenta a diferença do emprego da expressão “posse de filhos”, uma vez que é um dos motivos centrais de litígios na esfera jurídica:

Existe o emprego do vocábulo posse de forma equivocada, uma vez que podemos estabelecer uma analogia entre “Posse e Propriedade” e “Guarda e Poder Familiar”, no sentido da guarda ser a exteriorização do Poder Familiar, é só um exercício de divagação, pois não podemos nos olvidar que no binômio posse-propriedade, o bem em questão objeto da relação jurídica é uma coisa, enquanto o filho é o sujeito do direito da relação jurídica existencial paterno-filial em torno do qual gravitam todas as normas protetivas do poder familiar.⁸⁴

Ou seja, a guarda engloba, na sua totalidade, além do direito de poder pátrio um conjunto de direitos e deveres exercidos pelos pais em relação aos seus filhos.

Enquanto os menores estiverem sob a responsabilidade dos pais, na vigência do casamento, ou enquanto estiverem vivendo sob o mesmo teto, numa união estável ou de fato, não existem questionamentos acerca da guarda dos filhos, uma vez que ambos os genitores são responsáveis e detentores desse poder, por

⁸² CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos:** Na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 48.

⁸³ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Op. cit.* p. 76.

⁸⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos:** Os conflitos no Exercício do Poder Familiar. São Paulo: Atlas, 2008. p. 44.

este ser um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, bem como é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais.⁸⁵

Evidencia-se a origem da relação jurídica atribuída à guarda quando ela é proveniente da lei, ou seja, assumindo a denominação legal ou quando for por decisão judicial, decorrente das situações de rupturas conjugais em que se faz necessário a decisão judicial para estabelecer a guarda a um dos genitores.

A guarda será legal quando, amparada em lei, surgir de forma imediata prescindindo de qualquer intervenção judicial para que possa ser concretizada, conferindo-a basicamente na relação paterno-filial.⁸⁶

Silvana Carbonera entende:

Que a guarda decorrente da decisão judicial tem sua esfera de atuação delimitada como que por exclusão: terá lugar quando for imprescindível a intervenção do julgador para decidir sobre o excepcional estabelecimento da guarda de uma criança ou adolescente fora de sua família de origem, mesmo que exista um conflito entre genitor, ou genitores, e um terceiro, tendo como objetivo principal assegurar que os interesses daqueles sejam atendidos.⁸⁷

Pode-se concluir desta forma que, a partir da guarda dos filhos que se concretiza a equivalência dos direitos e deveres concedidos aos pais, para que possam desempenhar os encargos que lhes confere a lei, no tocante às pessoas e bens de seus filhos menores e não emancipados.⁸⁸

A doutrina entende que o instituto da guarda pode ser classificado a partir das suas origens e seus fins, sendo uma delas compreendida pela guarda originária ou natural que corresponde aos pais na efetivação das funções parentais de educar e formar o menor e a outra a forma derivada que decorre de lei ou determinação judicial.

Waldyr Grisard Filho⁸⁹ define a guarda derivada como a que surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme o artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.* p. 55.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 417.

⁸⁷ CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.* p. 51.

⁸⁸ *Ibidem.* p. 667.

⁸⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.* p. 81.

Na constância da classificação da guarda encontra-se a definição quanto à regulamentação jurídica, ou seja, a guarda tem previsão legal no Código Civil, assistido pelo Direito de Família, que dá existência às formas de proteção dos filhos menores e não emancipados, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura os direitos e deveres ameaçados ou violados, sejam eles pelos pais, pela sociedade, ou pelo Estado.

Quanto à capacidade dos filhos, a classificação da guarda visa oferecer a proteção integral àquele filho que depende de seus genitores em razão da imaturidade por pouca idade, ou por ser portador de enfermidade física e psíquica que o impeça de governar a si mesmo. Nessa classificação inclui-se a curatela por ser o instituto que busca a proteção da pessoa e ao regimento ou administração de seus bens daqueles que não possuem a capacidade para fazê-lo sozinho.⁹⁰

A guarda definitiva, no entanto, é a compactuada entre os genitores ou responsáveis, em comum acordo ou definida em juízo.⁹¹

Ressalta-se que a decisão judicial atinente à guarda de filhos não faz coisa julgada material, mas tão somente formal, pois compreende somente em sentido estrito, tendo em vista sua definitividade no procedimento específico e em sentido amplo nunca ser definitiva, haja vista a possibilidade de ser modificada a qualquer tempo a bem do interesse do menor.

A classificação da guarda também se observa quanto à titularidade de seu exercício, podendo ser cumprida pelos genitores ou então por terceiros, sempre priorizando o interesse do menor nessa questão. Entende-se ser os titulares naturais da guarda os genitores, porém, caso um deles não apresente condições para o exercício, cabe ao outro genitor exercê-la. E, no caso de nenhum dos pais estarem aptos, ela então será deferida a terceiros que tiverem condições de cumpri-la.⁹²

Conforme recente alteração trazida pela Lei 11.698/2008 houve a expressa inclusão das relações de afinidade e afetividade aos critérios até então previstos para deferimento de guarda a terceiros, presente nos inúmeros casos de avós, irmãos, padrinhos, tios, pais socioafetivos que exercem a guarda de fato de crianças

⁹⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Op. cit.* p. 48.

⁹¹ *Ibidem.* p. 49.

⁹² *Ibidem.* p. 50.

e que no caso de disputa judicial com os pais biológicos têm obtido êxito na obtenção da guarda jurídica.⁹³

Ainda, Fernanda Rocha Lourenço Levy, salienta que:

A regularização formal da guarda da mesma forma é critério para a classificação da guarda, uma vez que dentro da nossa realidade muitas crianças estão sob guarda não oficializada pelo Estado, ou seja, sob guarda de fato, regulada no §1º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e nossos Tribunais, acompanhando a evolução doutrinária que reconhece o afeto como vínculo jurídico, têm reconhecido a capacidade da guarda de fato de gerar efeitos jurídicos e deferido a guarda de direito destas crianças aos seus cuidadores, pais no mais verdadeiro sentido do termo: pais afetivos.⁹⁴

Por fim a guarda pode ser classificada quanto aos seus atributos, que dentro deles pode-se entender o fracionamento do poder familiar, uma vez já comentado que o poder familiar não se rompe junto com a ruptura conjugal, porém existe um desdobramento do seu exercício.

Nesse sentido, a guarda jurídica refere-se ao exercício do conjunto de deveres e direitos inerentes à guarda, ao passo que a guarda material refere-se à convivência contínua com o filho sob o mesmo teto.⁹⁵

Nas palavras de Fernanda Rocha Lourenço Levy, pode-se nota a definição como sendo:

Àquele genitor que é atribuído exercício do poder familiar (guarda do filho como gênero) são atribuídas as guardas jurídica e material, pois exerce todos os poderes inerentes ao exercício unilateral do poder familiar: guarda jurídica e, tendo o filho direto, pois mora com ele, guarda material. Quanto ao genitor guardião-descontínuo cabe o direito à fiscalização e o direito de ter os filhos em sua companhia através da chamada direito de visita.⁹⁶

Dessa forma, pode-se concluir que a guarda não se define por si mesma, mas sim através dos elementos que a asseguram, visando sempre ao melhor desenvolvimento e interesse dos filhos.

A lei objetiva modalidades de guarda, a qual pode ser opção dos genitores, à separação, ou decisão judicial, quando não há acordo entre as partes.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ *Ibidem.* p. 52.

⁹⁵ *Ibidem.* p. 53.

⁹⁶ *Idem.*

3.1 A Modalidade de Guarda Unilateral

Entende-se, sob o aspecto jurídico, como guarda unilateral, o caso de a guarda do menor ser dada, judicialmente, a apenas um dos pais, em caso de separação ou divórcio, caso em que a guarda fica sob responsabilidade daquele que terá toda responsabilidade e direitos no que diz respeito ao menor e, ao outro, o qual não recebeu a guarda, poderá manter supervisão sobre as ações do que detém a guarda.⁹⁷

O que significa, neste caso, que sempre a guarda ficará com um e apenas um dos pais, sendo que o outro terá direito de verificar se os interesses do menor estarão sendo atendidos a contento.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.583, § 1º, assim define este tipo de guarda:

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)

Note-se, porém, que a guarda não haverá, necessariamente, que ser dada a um dos pais, pois, julgando o juiz que nenhum deles está capacitado, por alguma razão, a deter esta guarda, fará com que o menor fique sob a guarda de terceiro que substituirá os pais, de acordo com o que é exposto no § 5º do art. 1.584:

§ 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.

No entanto, a guarda unilateral poderá ser estabelecida quando em consenso entre os pais ou em litígio, quando houverem interesses contrários, entre ambos ou o juiz perceber alguma desvantagem para o menor se este ficar sob a guarda de um dos litigantes, sempre observando o Princípio do Melhor Interesse do

⁹⁷ VIANNA, Selma de Moura Galdino. O que se entende por guarda unilateral e guarda compartilhada? **JusBrasil**. 2015. Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/949608/o-que-se-entende-por-guarda-unilateral-e-guarda-compartilhada-selma-de-moura-galdino-vianna>> Acesso em 31 mai 2018.

Menor e o juiz, neste caso, estabelecerá que a guarda será fixada ao litigante que puder proporcionar as melhores condições ao menor, considerando o máximo possível de aspectos, como saúde, educação, conforto, afeto e maiores condições de integração do menor à família. Portanto, isto deixa claro, que, sob o aspecto legal, não se evidencia nenhuma preferência por qualquer dos pais, na guarda do menor. Um dos casos correntes é o afastamento, do lar, por parte de um dos pais. Neste caso, o que fica no lar, automaticamente detém a guarda de fato daquele menor, o que não significa que detenha a guarda de direito, o que somente poderá ser garantido exclusivamente em juízo.⁹⁸

3.2 A Modalidade de Guarda Alternada

A guarda alternada, mesmo não prevista em lei, é uma modalidade de guarda que prevê que o filho passará um tempo sob a guarda de um dos pais e alternará, este tempo, com o outro, que terá, por outro tempo, a guarda. Assim, se alternarão e, por isto, a denominação. Tal modalidade, como dito, não tem previsão legal, mas foi estabelecida pela jurisprudência e pela doutrina.⁹⁹

Os críticos desta modalidade alegam que pode ser, de certa forma, prejudicial à criança, pois alternará uma série de fatores que se diferenciam, no dia a dia de cada um dos pais. Quando com um seguirá as regras estabelecidas por este, e quando com o outro, é possível que as regras mudem, fazendo, assim, com que o menor possa tornar-se confuso, pois, cada um dos pais, exercerá a guarda de forma diferente. Por tais razões, parece não estar sendo aplicada, esta modalidade, pelos tribunais, os quais parecem dar preferência, então, à institucionalizada guarda compartilhada¹⁰⁰

A guarda alternada, ao que parece, estabeleceu certa confusão, pois, com a alteração do art. 1.583, o 2º parágrafo trouxe a seguinte redação: “Na guarda

⁹⁸ COLLAÇO, Bianca. Tutela e guarda: sobre as formas de proteção do menor de idade no ordenamento jurídico brasileiro. **Direito Cotidiano**. 22 mai 2016. Disponível em <<https://direitodiario.com.br/tutela-e-guarda-sobre-as-formas-de-protecao-do-menor-de-idade-no-ordenamento-brasileiro/>> Acesso em 4 mai 2018.

⁹⁹ FERREIRA, Rodrigo. **Diferença entre a Guarda Compartilhada prevista na Lei 11.698/08 e a Guarda Alternada**. 2016. Disponível em <https://rodrigorsfa.jusbrasil.com.br/artigos/299534765/diferenca-entre-a-guarda-compartilhada-prevista-na-lei-11698-08-e-a-guarda-alternada?ref=topic_feed> Acesso em 4 mai 2018.

¹⁰⁰ *Idem*.

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.”, o que, possivelmente, ensejou o pensamento de que o menor deveria passar um tempo na companhia de um dos pais e um tempo na companhia do outro, alternadamente.¹⁰¹

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Guarda alternada — modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1.º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados; de 1.º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos.¹⁰²

Portanto, entende que a guarda compartilhada prevê o compartilhamento dos direitos e obrigações, de ambos os pais, em todos os sentidos, cabendo, a alternância em todas estas obrigações e direitos.

3.3 A Modalidade de Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada não era definida juridicamente até o ano de 2008. Somente a partir da promulgação da Lei 11.698/2008 é que esta modalidade de guarda foi estabelecida em lei, mesmo que, antes, praticada por muitos genitores, de forma amigável e extra judicialmente.

Lôbo leciona que a característica da guarda compartilhada pela responsabilidade e direito solidário, entre o ex-cônjuges, à guarda, e portanto os cuidados, do filho, significando isto que ambos, terão o poder familiar, mesmo distanciados, no que diz respeito ao filho, o que contribui para reduzir o impacto, sobre o filho, da separação, minimizando este impacto. Quando da separação, a preferência é sempre que os pais pactuem esta modalidade de guarda, a

¹⁰¹ GRANI ADVOCACIA. Guarda compartilhada não é o mesmo que guarda alternada. **JusBrasil**. 2015. Disponível em <http://grani.jusbrasil.com.br/artigos/234264938/guarda-compartilhada-nao-e-o-mesmo-que-guarda-alternada?ref=topic_feed> Acesso em 6 mai 2018.

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 6, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 678.

compartilhada, ficando ambos responsáveis pelas tarefas que teriam, com relação aos filhos, quando em união, ambos tendo total participação no desenvolvimento da criança e contribuindo, como antes seria, para a plenitude deste desenvolvimento. Estas tarefas serão divididas proporcionando, ao filho, a possibilidade de permanecer ora na casa de um cônjuge, ora na casa do outro, sem que para isto haja necessidade de estabelecer dias e tempo de visita. A família, os cônjuges e filho ou filhos, decidirão em conjunto, como será dividido o tempo.¹⁰³

O Código Civil de 1916, em seu art. 325, estabelecia que a guarda dos filhos, no caso de separação, ficaria com a mãe ou com pai, de acordo com o que se pode ler no referido artigo legal.

Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Não havia, neste diploma, previsão explícita sobre a guarda compartilhada, pois, como se pode ver, a preferência, quando da separação amigável, haveria consenso com relação à guarda dos filhos, consenso este que, a princípio, seria deferido pela justiça. No entanto, pode-se observar, quando litigioso, buscava-se o culpado, ou seja, o que deu motivos à separação e a guarda dos filhos seria entregue à outra parte. Havendo culpa por parte de ambos, as filhas ficariam com a mãe, assim como os filhos que tivessem até seis anos de idade e os que tivessem mais de seis anos, ficariam com o pai.

Pode-se, à guisa de comentário mais amplo, comparar-se estes enunciados legais com a ocorrência, nos dias atuais, da constituição familiar a qual é formada por duas pessoas do mesmo sexo. Note-se que a lei tratava de pai e mãe, o que, no caso comentado com referência à atualidade, seria de difícil aplicação.

Com a recepção do divórcio pelo sistema jurídico brasileiro, houve alguma alteração com o surgimento da Lei nº 6.515/77, a qual trata da dissolução da sociedade do casamento e, do art. 9º ao art. 16, estabelece a proteção dos filhos:

¹⁰³ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*

Parte do que preconizava o Código Civil de 1916, permaneceu, se acrescentado mais alguns textos que visavam a proteção dos filhos. No entanto, nota-se que ainda, não se fala, neste texto legal, sobre guarda compartilhada, não vedando, no entanto, a lei, o direito de os pais, em caso de separação consensual, que esta modalidade de guarda fosse estabelecida. Porém, se o fosse, seria entre os pais, sem a concorrência da justiça.

Com o advento do novo Código Civil de 2002, que substitui o até então vigente, o qual já contava com 86 anos e não havia acompanhado a evolução social decorrida durante estas 8 décadas¹⁰⁴, ainda não se falou em guarda compartilhada, vigorando, pois, o que preconizava o Código Civil antigo.

Assim se refere Anna Luiza Ferreira à guarda compartilhada:

Instituída em 2008, a guarda compartilhada surgiu para trazer muitos benefícios aos pais e filhos. Ambos os pais são igualmente prestigiados na criação de seus filhos, pois a responsabilização conjunta e o convívio equilibrado são os pontos fortes deste tipo de guarda. Quanto aos filhos, todos eles são merecedores de uma criação harmônica pós-separação, e tendo pais duplamente participativos, tornam-se os maiores beneficiários. O maior requisito para a guarda compartilhada é sem dúvida o inequívoco comprometimento de ambos os pais na criação e felicidade dos filhos, pois ela deve ser efetivamente exercida diariamente pelo pai e pela mãe, observando-se, obviamente, os limites do convívio distanciado pela separação do casal.¹⁰⁵

Somente em 2008, portanto quase um século depois, é que a Lei 11.698, introduziu, no Código Civil de 2002, a expressão guarda compartilhada, explicitando, então, que caberia à justiça estabelecer esta modalidade de guarda, pelo art. 1.583 do referido código, cuja redação, em seu *caput*, diz: “A guarda será unilateral ou compartilhada” e define, após, como já comentado, o que seja guarda compartilhada. Portanto, esta expressão pode ser considerada novel no sistema jurídico brasileiro.

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324.

¹⁰⁵ FERREIRA, Anna Luiza. **Guarda unilateral e compartilhada - pontos importantes**. 2018. Disponível em <<http://www.annaluizaferreira.com.br/guarda-unilateral-e-compartilhada-pontos-importantes/>> Acesso em 10 mai 2018.

3.4 Alterações Ocorridas na Guarda Compartilhada

A Guarda Compartilhada regulamentada na pela Lei n. 13.058/2014, que entrou em vigência a partir de 13 de agosto de 2008, a qual consiste basicamente na possibilidade dos genitores dividirem a responsabilidade legal sobre os filhos, e ao mesmo tempo compartilharem com as obrigações e decisões importantes relativas à criança, cuja definição legal é dada pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual altera a redação do art. 1.583 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: “§ 1º Compreende-se 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.”

Entretanto, pode-se observar uma diferença relativa à antes comentada guarda alternada, pois, neste caso, a lei afirma que o compartilhamento deve ser relativo à responsabilidade de ambos, com relação ao filho.

Considerando-se, pois, a inexistência da guarda alternada, na lei, infere-se que apenas a guarda unilateral e a guarda compartilhada são os tipos de guarda verdadeiramente aceitáveis, sendo que, a última proporciona, aos pais, a possibilidade de convivência, em acordo, com ambos os pais, no que pode haver alternância, pois, tal alternância, no caso da guarda compartilhada, não é vedada por lei, mas fica à escolha de ambos.

De outra forma Carcereri, afirma que:

A lei brasileira impõe a gestão bipartida dos interesses dos filhos entre os cônjuges (CF, artigos 5º, inciso I, e 226, §5º). Isto quer dizer que ambos os genitores são os representantes legais dos filhos; devem acordar as decisões envolvendo os interesses dos mesmos; são os administradores dos seus bens e lhes fornecem autorização para casar, quando necessária.¹⁰⁶

Nos textos constitucionais aos quais se referem o autor em tela, pode-se ler, *in verbis*:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...]
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁰⁶ CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil. **JusNavigandi**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/526/aspectos-destacados-da-guarda-de-filhos-no-brasil>> Acesso em 12 mai 2018.

Possivelmente o autor se refira ao fato de que os filhos são resultados perpétuos da sociedade conjugal, ou seja, mesmo esta dissolvida, os filhos, como resultado, não podem ser solvidos, como, por exemplo, um imóvel que, pertencendo ao casal, é vendido, na separação e o resultado pecuniário dividido entre ambos, cessando, então todos os direitos e deveres referentes àquele patrimônio. Os filhos nasceram da vontade de ambos e, portanto, do compartilhamento da vontade de ambos.¹⁰⁷

Assim, pare ser a guarda compartilhada, à primeira vista e não havendo impedimentos que interfiram de outra forma, o melhor caminho para que se respeite, na decisão, o princípio do melhor interesse do menor, que visa sua proteção, segurança e completo desenvolvimento como pessoa¹⁰⁸ e poderá, também, contribuir para reduzir, sobre o menor, o impacto acarretado pela separação dos pais, pois a convivência, de certa forma, continuará com ambos.¹⁰⁹

O que significa que faz parte dos objetivos da guarda compartilhada, o menor sentir que tem uma família, mesmo com os pais separados e que, se constituídas outras famílias, por estes pais, o menor deve se sentir parte destas famílias.

Verifica-se que em 2014, novamente se alterava o texto legal, no que se refere ao art. 1.583 do Código Civil de 2002, substituindo-se o § 2º daquele artigo, que tratava especificamente da guarda unilateral, que deveria ficar com aquele que tivesse melhores condições de exercer a guarda, pelo texto que afirma que “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.”. Assim, mais uma vez substitui-se um dispositivo que afirma a unilateralidade da guarda, pelo seu compartilhamento.

A Lei nº 13.058/2014 trouxe, portanto, mais alterações com referência a guarda dos filhos, no caso da dissolução da sociedade, enfatizando, ainda mais, a questão da guarda compartilhada, incluindo-se, também, no art. 1.584, o seguinte texto:

¹⁰⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei 11698/08**. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 37.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*

§ 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.

Assim, o que primordialmente era omissivo, mas não impedido pela lei, tornou-se, com esta alteração, praticamente forçoso, quando ambos os pais tenham condições de assumir a guarda do filho mas não há consenso.

Com a nova redação dada ao Art 1.583 do Código Civil brasileiro prevê que a guarda unilateral é aquela na qual, de acordo com o § 1º, a guarda é atribuída, com exclusividade, a um dos pais ou, senão a estes, a outra pessoa que venha a pleitear ou seja nomeada pela justiça, para manter a guarda do menor. No caso da guarda unilateral ser atribuída a um dos pais, o juízo optará por dar a guarda àquele genitor que evidenciar mais condições, no sentido afetivo, moral, material educacional e, enfim, àquele que melhores condições gerais pode proporcionar ao menor, com vistas ao seu pleno desenvolvimento. Entretanto, a guarda unilateral, via de regra, permite ao genitor que não detém a guarda do menor, a verificação e o cuidado para que o menor seja bem cuidado pelo outro cônjuge.

Com a mudança, pai e mãe separados podem pedir na Justiça a Guarda Compartilhada, sendo que ambos estão em seu direito de igualdade e responsabilidade para com as decisões. O que também não quer dizer que o tempo que a criança tem para ficar com ambos será dividido ao meio, estando na casa de um e de outro ou até mesmo as despesas financeiras ocorridas com a criança. Enquanto no antigo Código Civil era uma alternativa que cabia aos pais, exclusivamente, a guarda compartilhada passou a ser a regra.¹¹⁰

O compartilhamento veio com o objetivo de sempre beneficiar a criança. No entanto, as decisões tomadas para com a criança, deve ser feito um planejamento realizado em longo prazo devendo ser tomado pelo pai e pela mãe em conjunto, sendo que o desejo e as demandas da criança devem ser levados em conta. Com toda repercussão, a mudança veio principalmente para mostrar a forma como pais separados lidam com seus filhos, os quais são desafiados a serem mais participativos nas decisões para com os filhos independentemente de estarem separados. A mentalidade de que pais separados devem tentar impor vontades uns

¹¹⁰ PROTESTE. **Guarda compartilhada agora é regra.** 5 março 2015. Disponível em <<http://www.proteste.org.br/familia/nc/noticia/guarda-compartilhada-agora-e-regra>> Acesso em 12 mai 2018.

aos outros, usando os filhos como pretextos para provocar desentendimentos. A efetividade ganha importância significativa.¹¹¹

A lei prevê que a guarda compartilhada deve ser estabelecida em comum acordo entre os pais separados. No entanto, o juiz avalia desde o início a situação econômica, social, psicológica e financeira dos pais, já que é em benefício da criança e não dos pais e a guarda compartilhada não desobriga ao pagamento de pensão alimentícia a criança, sendo que em juízo um dos cônjuges pode pedir a pensão. O juiz irá avaliar o pedido, levando sempre em conta a situação econômica e social de cada um e suas circunstâncias. Portanto, a guarda compartilhada apenas define que ambos os pais deverão participar das decisões e cuidados com o filho, mas, a pensão alimentícia permanecerá, de acordo com os ditames da lei.¹¹²

Portanto, parece ter sido objetivo do legislador, ao substituir a legislação que contemplava a questão da guarda compartilhada como a mera possibilidade de comum acordo entre os pais, a entronização desta modalidade, na lei, como primeiro recurso, no intuito de proporcionar, aos pais, o direito à participação efetiva no desenvolvimento do filho, assim como, parece ter almejado o legislador, que, ao separarem-se, os pais, ambos, assumissem a mesma participação, como obrigação de pais.

¹¹¹ BRESSAN, Vinícius Costa. A guarda compartilhada e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819>. Acesso em 14 mai 2018.

¹¹² MENESES, Fabrício Cardoso de. A guarda compartilhada e a pensão alimentícia. **JusNavigandi**. 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/32678/a-guarda-compartilhada-e-a-pensao-alimenticia>> Acesso em 14 mai 2018.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

Tema relativamente novo no direito brasileiro, a alienação parental está assumindo grande visibilidade no direito de família, visto que se tem observado prática comum no dia a dia das famílias, principalmente quando da ocorrência de separação e, mormente, separação litigiosa, razão pela qual os operadores do direito se tem debruçado sobre o tema, buscando compreender tal questão no âmbito da família.

A denominação Síndrome da Alienação Parental teve origem nos Estados Unidos da América, com o psiquiatra Richard Gardner, nos anos de 1980, a partir da ideia de que muitas crianças e adolescentes, por insistente tentativa de um dos cônjuges, geralmente, ou as vezes por outra pessoa da família, em incutir na mente do jovem ideias que fizessem com que a imagem do ex-cônjuge fosse denegrida, provocando uma certa programação ou lavagem cerebral no filho, buscando torná-lo averso ao outro.¹¹³

O conceito de alienação parental, para Maria Berenice Dias,¹¹⁴ pode ser estabelecido como sendo a condição de um progenitor fazer com que a criança sob sua guarda, ou quando sob sua guarda, venha a desenvolver aversão ao outro progenitor, sem que exista para isto razão fundamentada. Ou seja, um progenitor procura incutir na mente da criança que o outro seja uma pessoa má, fazendo, assim, com que a criança veja o outro como deseja aquele que busca alienar o progenitor mais distante.

A alienação parental não é uma condição que se estabelece rapidamente, em muito pouco tempo, mas sim um trabalho de constante depreciação do outro, o alienado, por parte do alienante que aproveita toda e qualquer situação, fato ou condição, apresentado à criança, como negativa, procurando incutir-lhe desgosto

¹¹³ SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Síndrome da alienação parental: da teoria norte-americana à nova lei brasileira. **Psicol. cienc. prof.** vol.31 no.2 Brasília 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000200006> Acesso em 31 mai 2018.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? *Op. cit.*

pelo alienado. A constância desta atitude, acaba por atingir o objetivo do alienante, pois, no decorrer do tempo, haverá de alcançar seu intento pela insistência.¹¹⁵

Via de regra, a alienação parental é praticada após a separação e, parece, mais veementemente quando de uma separação litigiosa, ou, mesmo não sendo, o ex-cônjuge que ou quando detém a guarda do filho, separa-se guardando mago do ou da ex-companheiro(a).

Entretanto, não se deve entender que a alienação parental é praticada somente pelos pais. Qualquer ente familiar, consanguíneo ou por afinidade, pode exercer esta prática.

A alienação parental é uma prática de maldade, não apenas com relação ao cônjuge alienado, mas contra a própria criança, pois atinge a mente desta criança e os danos são imensuráveis, podendo permanecer por toda a vida, interferindo na fase adulta desta então criança.¹¹⁶

Os efeitos da alienação parental, apesar de, em muitas vezes ser percebida, de forma mais ou menos clara, pelas pessoas que convivem com a criança, por suas reações com referência ao genitor alienado, somente poderá ser confirmada por profissionais da psicologia.

4.1 O Início da Alienação Parental

A ocorrência de separações de casais, no mundo e no Brasil, tem aumentado nas últimas décadas, principalmente com o afastamento das pessoas das ideias religiosas, pois a religião, de maneira geral, via a união pelo casamento como indissolúvel. Com o advento do divórcio, o que no Brasil ocorreu em 1977, na legislação pátria, com a promulgação da Lei nº 6.515, a tendência foi o aumento das separações.

No entanto, com a Constituição Federal de 1988, a introdução do novo conceito de família, ensejou também o conceito, depois estabelecido em lei, da união estável, o que tornou a instituição do casamento uma prática apenas opcional

¹¹⁵ GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Rita Rafaeli (trad.) *In: Síndrome da alienação parental*. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 08 mai 2017.

¹¹⁶ TRINDADE, Jorge. Síndrome da alienação parental (SAP). *In: DIAS, Maria Berenice (Coord). Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça Insiste em não ver*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010. p. 24.

aos que pretendiam unir-se de forma marital. Isto flexibilizou tanto a união de um casal, facilitando-a, como a separação, pois, em ambos os casos, os trâmites burocráticos se tornaram facilitados, bastando, para a união, apenas a concordância de ambos, assim como para dissolução da convivência marital.¹¹⁷

Ocorre, em grande número de vezes, que a separação causa certo desequilíbrio emocional, o que deverá ser administrado pelas partes que estão em separação. Não raro surge um sentimento de traição, pelo fato de o outro não ter correspondido às expectativas de felicidade e bom convívio esperados o que pode redundar em ódio pelo outro, o que pode ser oriundo de um vasto rol de razões, as quais não interessa numerar-se; Este ódio pode ser passageiro, quando o indivíduo, mesmo sentindo-se ferido em seus sentimentos, obtém sucesso no controle, ou pode permanecer por muito tempo e, às vezes, por toda a vida.¹¹⁸

Nas palavras de Nüske e Grigorieff ocorre que a:

(...) não elaboração da separação e do fim do amor. Com o rompimento do vínculo conjugal, todos os membros da família precisam se adaptar a uma nova situação estrutural, aprendendo a viver dentro de um novo formato familiar e redefinindo papéis e funções. Nessas situações, sobram mágoas e ressentimentos, podendo ocorrer de um dos genitores não conseguir lidar com a frustração do fim do relacionamento. Assim, há casos em que, ao perceber o interesse do outro genitor em preservar a convivência familiar com o filho, busca vingar-se do mesmo, nem que para isto tenha que recorrer a práticas lesivas ao próprio filho, que muitas vezes se caracterizam como alienação parental.¹¹⁹

Assim, o sentimento de ódio produzido pela separação e todos os seus envolvimento, acabam em uma necessidade de vingança, a qual tem como veículo o filho, buscando denegrir a imagem do outro perante aquele, fazendo com que o ex-cônjuge seja visto como mau e, para isto, procura inserir, na mente do filho, uma imagem negativa do ex-Cônjuge.

Inicia-se, então, um processo que pode ser considerado como tortura psicológica, pois afeta em muito a criança e também ao cônjuge alienado, pois,

¹¹⁷ FERREIRA, Dillyanne de Vascelos. União estável: das leis especiais à edição do novo código civil. **DireitoNet**. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2358/Uniao-estavel-das-leis-especiais-a-edicao-do-Novo-Codigo-Civil>> Acesso em 29 mai 2018.

¹¹⁸ NAVAN, Rodrigo. Fase da raiva – o luto após a separação (parte I). **Projeto Reconciliar**. 31 jul 2017. Disponível em <<http://projettoreconciliar.com/index.php/2017/07/31/fase-da-raiva-o-luto-apos-separacao-parte-i/>> Acesso em 29 mai 2018.

¹¹⁹ NÜSKE, João Pedro Fahrion; GRIGORIEFF, Alexandra Garcia. Alienação parental: complexidades despertadas no âmbito familiar. **Pepsic**. Pensando fam. vol.19 no.1 Porto Alegre jun. 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000100007> Acesso em 31 mai 2018.

neste caso, estará sendo, de forma injusta e maldosa, alijado da vida do filho, além de outros prejuízos.

A utilização de constantes práticas de lavagem cerebral na criança, vão, vai, no decorrer do tempo, fazendo com que a criança acredite que fatos inverídicos, tenham realmente ocorrido, como, por exemplo, sugerir constantemente que o outro espancava a criança, pode fazer com que a criança acabe acreditando que não lembra destes fatos, mas que foram verdadeiros, culminando por até iniciar-se um processo de memorização, mesmo que falso, acreditando a criança que estas memórias sejam verdadeiras e que começam a aflorar à sua mente. São as denominadas falsas memórias que, pela insistência e detalhes criados pelo genitor alienante, sempre que tem oportunidade, acaba por implantar-se na mente do jovem.¹²⁰

Entretanto, este processo de alienação, poderá, com cuidado, ser detectado, quando presente, pois tanto o filho quanto o alienante apresentam, via de regra, certos sintomas que podem levar à conclusão de estar ocorrendo a alienação parental.

4.2 Sintomas da Alienação Parental

O objetivo mais evidente da alienação parental é o de afastar, antes afetivamente e depois até mesmo fisicamente, o filho do alienado, por diversas razões que, geralmente, não são razões racionais ou mesmo boas e, dentre as principais, está o sentimento de vingança nutrido pelo alienante para com o alienado, quando, então, utiliza-se do próprio filho, especialmente quando detém a guarda deste, para realizar sua vingança, procurando fazer com que o próprio filho se volte contra o outro.¹²¹

Muitos são os indicativos de que possa se estar diante de um caso de alienação parental, pois até mesmo o próprio alienado poderá, em determinadas circunstâncias, sentir os reflexos desta prática.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹²¹ BARBOSA, Eduardo. Tortura psicológica: síndrome de alienação parental. **Migalhas**. 18 ago 2010. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI115520,51045-Tortura+psicologica+Sindrome+da+Alienacao+Parental>> Acesso em 2 mai 2018.

No intuito, pois, de evitar ou mesmo cercear a continuidade de caso de alienação parental, é preciso que se reconheça os sintomas apresentados, os quais irão conduzir à conclusão de estar ou não ocorrendo a alienação parental por parte de um dos ex-cônjuges, ou mesmo de outro familiar.

Os sintomas da alienação parental podem ser percebidos no comportamento da criança, a qual pode, em presença do alienado, tornar-se nervosa, agitada, ansiosa, podendo apresentar-se também deprimida ou agressiva, procurando, as vezes, manter-se o mais distante possível e ansiando pelo final do encontro. Além disso, em sua vida pessoal, pode apresentar redução do rendimento escolar, buscar isolamento e, não raro, pode levar o indivíduo ao consumo de drogas, na busca, possivelmente, de alijar de si o sentimento de divisão que pode se apoderar dele ou mesmo de revolta contra o alienado, em estágio mais avançado da alienação, quando então já acredita na “maldade”, do alienado.¹²²

Uma lista de 20 possíveis evidências de alienação parental é apresentada pela psicóloga Manuela Machado¹²³, sobre as quais se passa a discorrer.

1. Pedir à criança que escolha quando esse direito não lhe assiste. De facto, há situações em que os tribunais impedem judicialmente a visita ao outro pai/mãe. É habitual que a criança culpe o pai com quem não vive, por esta situação.
2. Contar “tudo” sobre o relacionamento conjugal ou os motivos que desencadearam o divórcio. O progenitor que partilha estes dados com a criança, defende-se, habitualmente, com a sua honestidade para com os filhos.
3. Recusar que a criança leve as “suas coisas” quando visita o progenitor que não tem a sua guarda.
4. Resistir ou recusar-se a cooperar, não permitindo que o outro pai vá à escola, ao médico ou leve a criança a actividades extra-curriculares.
5. Culpar o outro progenitor por problemas financeiros, obrigando a família a ter outro estilo de vida, ou ter uma namorada/namorado, etc.
6. Recusar qualquer flexibilidade nos horários de visita, a fim de responder às necessidades da criança. O progenitor alienante também pode inscrever as crianças em tantas actividades que o outro pai nunca tem possibilidades de receber o filho.
7. Se o pai exerceu violência doméstica contra a mãe ou vice-versa, dizer à criança que o mesmo acontecerá com ela. Este pressuposto não é sempre verdadeiro.
8. Pedir à criança para escolher um dos pais o que lhe causa uma enorme aflição e ansiedade. Normalmente, as crianças não querem rejeitar um dos

¹²² BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert. Quais os sintomas da alienação parental? como se deve proceder nestes casos? **Jusbrasil**. 2016. Disponível em <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/404394970/quais-os-sintomas-da-alienacao-parental-como-se-deve-proceder-nesses-casos>> Acesso em 2 mai 2018.

¹²³ MACHADO, Manuela. **Sintomas de alienação parental**. 2015. Disponível em <<https://manuelamachadopsicologia.wordpress.com/2015/02/03/sintomas-de-alienacao-parental/>> Acesso em 3 mai 2018.

pai, mas perante a insistência tenta evitar a questão. Qualquer sugestão de mudança de residência deve ser feita pela criança e não pelo pai.

9. As crianças, por vezes, irritam-se com um pai. Isso é normal, principalmente se o pai disciplina, põe limites ao comportamento da criança ou tem de dizer “não”. Se por qualquer motivo, nada resulta para acabar com a raiva da criança, o progenitor pode e deve desconfiar de uma situação de alienação. Há que confiar na sua própria experiência como pai. As crianças perdoam e querem ser perdoadas se lhes for dado uma chance. Há que desconfiar quando a criança calmamente diz que não se lembra de qualquer momento feliz vivido com o pai, ou diz qualquer coisa que significa não gostar dele.

10. Estar atento e suspeitar quando um pai ou um padrasto põe a questão de alterar o nome da criança ou sugere uma adopção.

11. Desconfiar sempre que a criança não tem motivos para estar zangada com um pai ou sempre que as razões apresentadas são muito vagas, e sem detalhes.

12. Suspeitar sempre que um pai tem segredos, sinais especiais, marca um encontro privado ou diz palavras com significados especiais.

13. Estar atento a situações em que um pai usa uma criança para espiar ou secretamente, reunir informações para o uso do próprio pai.

14. O pai interfere na visita da criança.

15. Ouvir da parte da criança que o outro progenitor fala mal do pai, e contar que ele se diverte com conversas desta natureza. A criança tenderá a deixar de comunicar e vai sentir-se culpada ou vive internamente um conflito por não ser capaz de avaliar a justeza e verdade do que é afirmado.

16. Pedir à criança que conte o que se passa na vida e em casa do outro pai o que produz, na criança um conflito e uma tensão consideráveis. As crianças que não são alienadas querem ser leais a ambos os pais.

17. Resgatar as crianças quando não há nenhuma ameaça à sua segurança. Esta prática reforça na criança a ilusão de ameaça ou perigo, e, desta forma, a alienação.

18. Fazer exigências sobre o outro progenitor contrárias às decisões judiciais.

19. Escutar as conversas telefónicas das crianças com o outro progenitor.

20. Fazer com que o outro progenitor falte às promessas assumidas com a criança, culpando-o sistematicamente e obrigando-a a arranjar desculpas inventadas.¹²⁴

Entretanto, é de se observar se tais atitudes, cumulativa ou isoladamente, são repetitivas, ou seja, é necessário que se diferencie apenas um momento de mau humor, seja da criança ou do outro genitor, pois, quando alguma destas situações surge de forma esporádica, pode ser atribuída a vários outros fatores que não a alienação, pois o ser humano sofre variações de humor por diversas causas e, muitas vezes, um destes sinais pode ser derivado de outra razão. Porém, quando percebe-se a contumácia nestas atitudes, bem possivelmente, por detrás delas estará a alienação parental.

Tal questão poderá ser observada e diagnosticada de forma mais eficiente por um profissional da psicologia que emitirá seu parecer com propriedade.

¹²⁴ *Idem.*

Nota-se, então, que a alienação parental parece tornar-se um campanha de um ex-cônjuge contra o outro, utilizando-se do filho como intermediário e mesmo como meio para atingir seu intento, não observando, talvez, que, nesta verdadeira guerra psicológica movida contra o outro, o maior prejudicado será o próprio filho, pois os abalos causados pela insidiosa campanha, poderá ocasionar dois grandes abalos ao filho. O primeiro, quando o filho acaba acreditando que o genitor alienado não é o que o filho pensava ser, decepcionando-se e mesmo revoltando-se; o segundo, quando o filho descobre que foi usado pelo alienante e julgou o alienado de forma injusta, pois, no caso da alienação ser promovida por pai ou mãe, verá, em qualquer deles um ser diferente do que. normalmente, um filho projeta nos pais. Assim, sempre haverá o abalo da confiança, com relação a um ou a outro.

4.2 Consequências da Alienação Parental Para os Filhos e Para o Alienado

O legislador Constituinte, ao elaborar a Constituição de 1988, houve, por necessário, contemplar a dignidade da pessoa humana, a família e, em especial, a criança e o adolescente, buscando colocar estes entes sob a proteção da lei, mas contemplando a sua totalidade, com relação à pessoa a qual se liga à família e, de forma indubitável aos filhos, em os havendo.

Em especial, no que diz respeito à criança e ao adolescente, ao que se convencionou no *corpus* deste estudo generalizar como jovem, p art. 227 é incisivo ao afirmar que a família, no que se inclui, primordialmente pai e mãe e se estende aos demais membros, por consangüinidade ou não, assim como à sociedade e ao Estado, e enfatiza a lei “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, (...) à dignidade, ao respeito, (...) à convivência familiar (...)”.

Entretanto, quando o jovem é submetido, de forma insidiosa como é perpetração da alienação parental, lhe são negados, por membro da própria família, os direitos ao respeito, à dignidade, à convivência com a família, no caso o alienado, e à saúde, pois a saúde prevê não somente física, mas mental e psicológica e, esta saúde, certamente, será afetada. Portanto, haverá dano e não só para o jovem, mas para o ex-cônjuge alienado, pois isto manchará sua imagem diante do filho e, possivelmente, ante a família e a sociedade.

A questão da alienação parental, independente dos efeitos criminais e cíveis nos quais possa incorrer, foi, há menos de uma década, tratada em lei específica, a

Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, a qual, em sua íntegra, é aposta a este estudo, no Anexo A.

Com consequências jurídicas que esta nova lei trouxe, vão desde a advertência, ao alienador, até à inversão da guarda e a suspensão da autoridade parental, para o alienador, como se pode ver no art. 6º da lei em tela.

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

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

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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

Assim, gradualmente, da advertência à suspensão da autoridade parental, quando, então, o alienador perde os direitos relativos às decisões sobre as questões que envolvem o menor, até as sanções civis, previstas no Código Civil e Criminais, previstas no Código Penal, poderão ser aplicados, dependendo das ações do alienado e da gravidade da questão à vista do julgador.

5 CONCLUSÃO

Viu-se neste estudo questões relativas à constituição familiar e a sua evolução, no decorrer da história, tendo-se encontrado que, nas últimas décadas a evolução conceitual de família teve mudanças consideráveis, como, por exemplo, a constituição desta célula social e as atribuições, referentes aos seus membros, como os pais e os filhos.

Anteriormente, o denominado pátrio poder assegurava ao homem a chefia da família, tendo, até determinado período histórico, o total poder de decisão sobre as questões familiares.

A separação do casal, fato também antigo, mas em outras épocas tratado pela sociedade com certa discriminação, estabeleceu-se de forma definitiva no sistema jurídico brasileiro que, em vista à realidade social, no que tange àquele fato, precisou intervir no sentido de regulamentar as questões referentes à separação dos casais.

A própria instituição do matrimônio, antes vista como única forma de estabelecer uma família pela união entre um homem e uma mulher, foi juridicamente alterada, tendo em vista a prática social diversa.

Com estas alterações sociais e suas conseqüentes alterações jurídicas, a guarda dos filhos, quando da separação, também sofreu alterações consideráveis, pois, quando antes a preferência era dada à mãe, quase com exclusividade, atualmente pode ser dada ao pai ou a ambos com igualdade.

Algumas alterações ocorreram, também, no que diz respeito à guarda, nos casos que, pelos achados da pesquisa, antes propiciavam, principalmente à parte que detinha a guarda, fazer com que o filho se voltasse contra o outro, através de diversos ardis, via de regra buscando, o que detém a guarda, alguma espécie de vingança, por qualquer descontentamento.

Face a esta realidade, o legislador e os operadores do direito, em geral, debruçaram-se sobre a questão, buscando coibir tais atitudes ou, quando não possível, reparar, pelo menos em parte, os danos causados pela parte alienante.

A legislação atual, portanto, contempla a questão dá abrigo ao direito do alienado, quando tal direito for ferido, podendo ter diversos reflexos.

Assim, julga-se atingido o objetivo proposto para o estudo, o qual foi verificar os possíveis reflexos da alienação parental sobre a guarda compartilhada dos filhos, sobre estes e sobre o cônjuge alienado.

Podendo-se, então, responder à questão problema que nucleou o estudo:

Quais os possíveis reflexos que a alienação parental podem produzir sobre a guarda compartilhada?

Podendo-se afirmar que tais reflexos se efetivam, em um primeiro plano, sobre a imagem do ex-cônjuge alienado, prejudicando esta imagem perante o filho, perante a família e perante a sociedade, trazendo-lhe prejuízos de ordem moral, social e psicológica, pelo fato de ser, por vezes, até mesmo acusado de crime o qual, em não tendo ocorrido, cabe ação penal e civil, para reparação.

No entanto, atente-se para o fato de que a incidência de infundadas acusações ao alienado pode ter reflexos imensuráveis a ele próprio e ao filho, pois é impossível prever-se a extensão e tempo de permanência dos traumas causados a ambos em tal situação, podendo acompanhar, a um e outro, pelo resto de sua vida.

Os reflexos jurídicos da alienação parental podem ser apenas relativos a uma advertência judicial, julgando o juiz que tenha ocorrido à alienação parental menos grave; Entretanto, em casos de maior gravidade, pode resultar na perda da autoridade parental, por parte do alienador, quando mais grave a alienação, além da possibilidade de responder por crime e, ainda, indenização pelos possíveis danos morais, causados tanto ao menor sob guarda, quanto ao alienado.

REFERÊNCIAS

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

AMARAL, Jose Ricardo de Paula. Limitações à aplicação do princípio da proteção ao direito do trabalho. Jus Laboris, Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg. - Belo Horizonte, 33 (63): 69-90, jan./jun.2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73089/2001_amaral_julio_limitacoes_aplicacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 abr 2018.

BARBOSA, Eduardo. Tortura psicológica: síndrome de alienação parental. **Migalhas**. 18 ago 2010. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI115520,51045-Tortura+psicologica+Sindrome+da+Alienacao+Parental>> Acesso em 2 mai 2018.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert. Quais os sintomas da alienação parental? como se deve proceder nestes casos? **Jusbrasil**. 2016. Disponível em <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/404394970/quais-os-sintomas-da-alienacao-parental-como-se-deve-proceder-nesses-casos>> Acesso em 2 mai 2018.

BEVILÁQUA, Clóvis, **Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 24 fev 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em 08 mar 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 24 fev 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em 08 mar 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 28 abr 2018.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em 29 abr 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> Acesso em 27 abr 2018.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2010**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em 27 abr 2018.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2008.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1> Acesso em 27 abr 2018.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm> Acesso em 17 mar 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 27 abr 2018.

BRESSAN, Vinícius Costa. A guarda compartilhada e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819>. Acesso em 14 mai 2018.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed.. Forense, 2017.

CARAVALHO, Maria Moreira; ALMEIDA, Paulo Henrique. Família e proteção social. São Paulo em Perspectiva. Vol. 17, no. 2, Abr/jun 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392003000200012&script=sci_arttext> Acesso em 06 mar 2018.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos:** Na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil. **JusNavigandi**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/526/aspectos-destacados-da-guarda-de-filhos-no-brasil>> Acesso em 12 mai 2018.

CASARIN, Nelsom Elinton Fonsseca; RAMOS, Maria Beatriz Jaques. Família e aprendizagem escolar. **Rev. Psicopedag.**, v. 24, nº 74, São Paulo, 2007. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862007000200009> Acesso em 08 mar 2018.

CASARIN, Nelsom Elinton Fonsseca; RAMOS, Maria Beatriz Jaques. Família e aprendizagem escolar. **Rev. Psicopedag.**, v. 24, nº 74, São Paulo, 2007. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862007000200009> Acesso em 08 mar 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil:** família, sucessões. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLAÇO, Bianca. Tutela e guarda: sobre as formas de proteção do menor de idade no ordenamento jurídico brasileiro. **Direito Cotidiano.** 22 mai 2016. Disponível em <<https://direitodiario.com.br/tutela-e-guarda-sobre-as-formas-de-protacao-do-menor-de-idade-no-ordenamento-brasileiro/>> Acesso em 4 mai 2018.

DIAS, Maria Berenice. Famílias Plurais. **Manual de Direito das Famílias.** 8 ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11. n. 11, n. 1119, 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8690>>. Acesso em: 10 mar 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 25 ed., 2010.

ENGELS, Friedrich. Estágios pré-históricos de cultura. *In: A origem da Família, da Propriedade e do Estado*. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERREIRA, Anna Luiza. **Guarda unilateral e compartilhada - pontos importantes**.. 2018. Disponível em <<http://www.annaluizaferreira.com.br/guarda-unilateral-e-compartilhada-pontos-importantes/>> Acesso em 10 mai 2018.

FERREIRA, Dillyanne de Vasncelos. União estável: das leis especiais à edição do novo código civil. **DireitoNet**. 9 dez 2005. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2358/Uniao-estavel-das-leis-especiais-a-edicao-do-Novo-Codigo-Civil>> Acesso em 29 mai 2018.

FERREIRA, Rodrigo. **Diferença entre a Guarda Compartilhada prevista na Lei 11.698/08 e a Guarda Alternada**. 2016. Disponível em <https://rodrigorsfa.jusbrasil.com.br/artigos/299534765/diferenca-entre-a-guarda-compartilhada-prevista-na-lei-11698-08-e-a-guarda-alternada?ref=topic_feed> Acesso em 4 mai 2018.

FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. v. 6, 2 ed. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 6, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei 11698/08**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRANI ADVOCACIA. Guarda compartilhada não é o mesmo que guarda alternada. **JusBrasil**. 2015. Disponível em <http://grani.jusbrasil.com.br/artigos/234264938/guarda-compartilhada-nao-e-o-mesmo-que-guarda-alternada?ref=topic_feed> Acesso em 6 mai 2018.

GRISARD FILHO, Waldyr. Família e Parentesco. *In: Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: RT, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O casamento como Instituição Privada. In: **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução**. Curitiba: Juruá, 1991.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos: Os conflitos no Exercício do Poder Familiar**. São Paulo: Atlas 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Direito de família e Sucessões. v. 5, 7 ed. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

LÔBO, Paulo. Família brasileira: origens, repersonalização e constitucionalização. In: **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MACHADO, Manuela. **Sintomas de alienação parental**. 2015. Disponível em <<https://manuelamachadopsicologia.wordpress.com/2015/02/03/sintomas-de-alienacao-parental/>> Acesso em 3 mai 2018.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAVAN, Rodrigo. Fase da raiva – o luto após a separação (parte I). **Projeto Reconciliar**. 31 jul 2017. Disponível em <<http://projettoreconciliar.com/index.php/2017/07/31/fase-da-raiva-o-luto-apos-separacao-parte-i/>> Acesso em 29 mai 2018.

NEPOMUCENO, Gianni Lopes. O ser e o ter: a sua importância na formação moral do direito. **Domtotal**. Disponível em <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24655/o-ser-e-o-ter-a-sua-importancia-na-formacao-da-moral-do-direito>> Acesso em 08 mar 2018.

NÜSKE, João Pedro Fahrion; GRIGORIEFF, Alexandra Garcia. Alienação parental: complexidades despertadas no âmbito familiar. **Pepsic**. Pensando fam. vol.19 no.1 Porto Alegre jun. 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000100007> Acesso em 31 mai 2018.

OLIVEIRA, Euclides. **União estável do concubinato ao casamento**, antes e depois do novo código civil. 6.ed. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Direito de Família, v. V, 23 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

reconstituídas: Novas uniões depois da separação. São Paulo: RT, 2007.

PROTESTE. **Guarda compartilhada agora é regra**. 5 março 2015. Disponível em <<http://www.proteste.org.br/familia/nc/noticia/guarda-compartilhada-agora-e-regra>> Acesso em 12 mai 2018.

RODRIGUES, Sílvio, **Direito Civil**. Direito de Família. v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Caio Mário Pereira. A família. *In*: **Instituições de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Adoção. *In*: **Direito Civil: Direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Síndrome da alienação parental: da teoria norte-americana à nova lei brasileira. **Psicol. cienc. prof.** vol.31 no.2 Brasília 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000200006> Acesso em 31 mai 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**. 6 v. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA, Selma de Moura Galdino. O que se entende por guarda unilateral e guarda compartilhada? **JusBrasil**. 2015. Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/949608/o-que-se-entende-por-guarda-unilateral-e-guarda-compartilhada-selma-de-moura-galdino-vianna>> Acesso em 31 jan 2016.

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

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

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

§ 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.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

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

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

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Paulo de Tarso Vannuchi

José

Gomes

Temporão

Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010