

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**GUARDA COMPARTILHADA: UM MEIO DE INIBIR A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Náthaly Fava da Silva

Presidente Prudente/ SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**GUARDA COMPARTILHADA: UM MEIO DE INIBIR A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Náthaly Fava da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.^o Wilton Boigues Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/ SP

2016

**GUARDA COMPARTILHADA: UM MEIO DE INIBIR A SÍNDROME DA
ALIENAÇÃO PARENTAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR

Orientador

GILSON SIDNEY AMÂNCIO DE SOUZA

DANIELA DE LIMA AMORIM

Presidente Prudente/ SP

2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que me presenteou com a vida, com pessoas maravilhosas, e nunca me abandonou, principalmente nos piores momentos, me dando forças para superar todas as dificuldades.

Aos meus pais, Elenízio e Rosangela, que, independente das dificuldades, não mediram esforços para me dar o melhor, sempre colocando meus interesses acima dos seus. Pelo incentivo e cuidado durante toda a minha vida.

Ao meu namorado, Rodrigo, pelo apoio nesta fase em que o nervoso e o medo tomavam conta de mim, bem como durante toda a fase acadêmica, e, principalmente, por estar ao meu lado em todos os momentos nos últimos 5 anos.

Aos membros da 3ª Promotoria Criminal da Comarca de Presidente Prudente, onde faço estágio, pela confiança em mim depositada e pelos ensinamentos todos.

Agradeço a todos os professores que já passaram por minha vida, por serem responsáveis pelo meu êxito, em especial aos da graduação.

Ao meu ilustríssimo orientador, professor Wilton Boigues Corbalan Tebar, por realizar sua função com tanta competência e dedicação, e, ainda, aos professores integrantes da banca examinadora, por aceitarem o convite e disporem de seu tempo para a análise deste trabalho.

RESUMO

RESUMO: A presente monografia propõe uma discussão sobre um meio de inibir a síndrome da alienação parental. Destarte, apresenta um estudo sobre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente que envolve o instituto da guarda. Em seguida sobre o poder familiar, discutindo os direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos. Logo depois, as modalidades de guarda serão abordadas, quais sejam: unilateral, conjunta, alternada e a compartilhada, especificando, sobre esta última, a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, chega-se à discussão a respeito da síndrome da alienação parental, apresentando o seu conceito, suas consequências e os aspectos jurídicos do tema. Assim, apresenta-se a guarda compartilhada como solução para inibir a síndrome da alienação parental.

Palavras-chave: Poder Familiar. Melhor interesse da Criança. Guarda Compartilhada. Síndrome da Alienação Parental.

ABSTRACT

ABSTRACT: This monograph proposes a discussion about a means of inhibiting the syndrome of parental alienation. Thus, presents a study on the principle of integral protection of children and adolescents that involves the office of the guard. Then on the family power, discussing the rights and duties of parents in relation to their children. Soon after, the arrangements for custody are discussed, which are: unilateral, together, alternately and the shared, specifying, on the latter, it's application in the Brazilian legal system. Finally, one comes to the discussion of the syndrome of parental alienation, presenting his concept, it's consequences and the legal aspects of the issue. Thus, it presents the shared custody as a solution to inhibit the syndrome of parental alienation. .

Key-words: Family power. Best Interests of the Child. Shared custody. Syndrome of Parental Alienation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA	9
2.1 Breves relatos históricos e conceito	9
2.2 Densidade Normativa do Princípio da Proteção Integral	Erro! Indicador não definido.
3 PODER FAMILIAR	19
3.1 Conceito e Titularidade.....	20
3.2 Breve Relato Histórico.....	Erro! Indicador não definido.
3.3 Conteúdo do Poder Familiar.....	Erro! Indicador não definido.
3.4 Extinção, Suspensão e Perda do Poder Familiar.....	26
3.4.1 Suspensão do Poder Familiar.....	27
3.4.2 Perda do Poder Familiar.....	27
3.4.3 Extinção do Poder Familiar.....	28
4 GUARDA DOS FILHOS	30
4.1 Conceito	30
4.2 Modalidades de Guarda e seus efeitos em relação ao poder familiar	31
4.2.1 Guarda Unilateral	31
4.2.2 Guarda Conjunta	32
4.2.3 Guarda Alternada	Erro! Indicador não definido.
4.2.4 Guarda Compartilhada	Erro! Indicador não definido.
5 GUARDA COMPARTILHADA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
5.1 Conceito	Erro! Indicador não definido.
5.2 História da Guarda Compartilhada	38
5.3 Natureza Jurídica da Guarda	42
5.4 Fixação da Guarda Compartilhada.....	42
5.5 Guarda Física e Guarda Jurídica	Erro! Indicador não definido.
5.6 Vantagens da Guarda Compartilhada	46
5.7 Desvantagens da Guarda Compartilhada	47
6 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL ...	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
6.1 Conceito de Síndrome da Alienação Parental.....	49
6.2 Origem.....	51
6.3 Diferença entre Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental	52
6.4 Sujeitos.....	Erro! Indicador não definido.
6.5 Sintomas da Alienação Parental	53
6.6 Comportamento do Agente Alienador.....	55
6.7 Graus e Fases da Síndrome da Alienação Parental.....	57
6.8 Consequências.....	60
6.9 Análise da Lei 12.318/10 - Lei da Alienação Parental.....	63
9 CONCLUSÕES	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

Conforme prescreve a Constituição Federal, é assegurado a todos o direito a família, de forma que o Estado tem o dever de protegê-la de forma especial, principalmente, quando há conflitos, que surgem, quase sempre, com a fim da entidade familiar.

Com o fim da relação conjugal e afetiva, o poder familiar fica intacto, apenas altera o convívio entre o filho e genitores, sendo que estes irão resolver a guarda daqueles. O poder familiar pertence a ambos os genitores, enquanto que a guarda é elemento do poder familiar, sendo definida em relação ao genitor.

Como consequência do fim da relação conjugal, afetiva ou somente um relacionamento amoroso entre os genitores, que adveio filhos, é necessário que seja fixada a guarda destes, devendo ser atribuída em face daquele que faça jus ao princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, para que haja, dessa forma, a proteção integral da criança e adolescente.

No primeiro capítulo foi tratado acerca do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como suas consequências no instituto da guarda.

No segundo capítulo, foram abordadas considerações em relação ao Poder Familiar, assim como as transformações no conteúdo da autoridade parental. O Poder Familiar são os direitos e deveres que são impostos aos genitores em relação aos filhos menores, com a finalidade de atender ao princípio melhor interesse da criança e do adolescente, fornecendo, desta forma, a proteção integral destes. Sendo a guarda um dos atributos do poder familiar.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi conferido a homens em mulheres, em razão do princípio da igualdade, direitos e deveres em igualdade. Destarte, os genitores começaram requerer a guarda compartilhada.

No mesmo capítulo foi estudado o instituto da guarda e suas modalidades: guarda unilateral, guarda conjunta, guarda alternada e, por fim, a guarda compartilhada. A guarda compartilhada tem a finalidade de cumprir o melhor interesse da criança e adolescente por meio da maior convivência ente pais e filhos, para que o menor tenha melhor desenvolvimento, mas isto não ocorrerá se apenas

for concedido o direito de visitas, normalmente, em fins de semanas. Destarte, a guarda em sua modalidade compartilhada permite que ambos os genitores a exercitem, conjuntamente, exercendo o poder parental sem nenhuma restrição.

Ainda, foi analisada a guarda compartilhada como meio de inibir a prática de alienação parental, comum na guarda unilateral, que poderá causar a Síndrome da Alienação Parental.

No terceiro capítulo foi tratado a respeito da Síndrome de Alienação Parental, que surge na disputa entre os genitores referentes à guarda dos filhos menores. A causa mais comum de tal ato é a não aceitação por um dos genitores da separação, que começa a utilizar de artimanhas para afastar o menor do outro pai. Normalmente o agente alienador é o guardião, pois tem maior convívio com o menor, em consequência há mais chance de influenciá-lo.

Em decorrência dos atos alienadores, o menor tende a rejeitar o alienado no momento das visitas. Além disto, a Síndrome da Alienação Parental gera muitas consequências ao menor, como por exemplo, transtornos psicológicos.

A guarda compartilhada demonstra-se o melhor instrumento para proteger integralmente os menores dos conflitos parentais, principalmente da síndrome da alienação parental, pois se trata do melhor mecanismo para resolver conflitos entre os genitores relacionado aos filhos.

Destarte, a guarda compartilhada traz uma igualdade entre os genitores, conservando, assim, os vínculos afetivos entre genitor e o filho, a fim de cumprir o princípio do melhor interesse da criança.

2 PRÍNCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA

Para que o estudo do princípio da proteção integral da criança seja possível é mister abordar sua evolução histórica, conceito, bem como sua densidade normativa, uma vez que, somente com ele a criança e o adolescente foram considerados sujeitos de direito, havendo a proteção dos mesmos, a fim de que seja estabelecida entre eles e a sociedade uma relação paritária.

2.1 BREVES RELATOS HISTÓRICOS E CONCEITO

Em relação à proteção integral da criança, existiram três correntes jurídico-doutrinárias no Brasil desde o século XIX, quais sejam: Doutrina do Direito Penal do Menor, Doutrina Jurídica da Situação Irregular e a Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

A **Doutrina do Direito Penal do Menor** estava prevista nos Códigos Penais de 1830 e 1890, preocupava-se com a delinquência e era baseada na imputabilidade na “pesquisa do discernimento”.

Tal “pesquisa de discernimento” consistia em somente imputar a responsabilidade ao menor se este tivesse entendimento quanto à prática do ato contrário ao direito. A competência para determinar o discernimento era do magistrado, de forma que, este, determinaria se o jovem era ou não capaz de ter dolo, e para isto deveria analisar a vida pregressa, a linguagem, o modo de pensar do jovem, ou seja, pesquisava um conjunto de elementos informadores.

Ainda durante a vigência do Código de Mello Mattos de 1927, como ficou conhecido o primeiro Código Sistemático de Menores do País e da América Latina, haviam movimentos contra a teoria do discernimento e também contra aplicação de medidas repressivas aos menores ao invés de aplicar apenas medidas educativas.

A **Doutrina Jurídica da Situação Irregular** entrou em vigor com o advento da Lei n. 6.697/79, conhecida como Código de Menores.

O artigo 2º da referida lei tratava das ocasiões em que o era considerada a situação irregular dos menores:

“Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
 II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
 III - em perigo moral, devido a:
 a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
 IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
 V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
 VI - autor de infração penal.
 Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.”

Em suma, entendia-se que eram as situações de perigo que poderiam levar o menor a marginalização, visto que o abandono material ou moral podia levar a criminalidade. Ainda, dizia-se que a situação irregular do menor é uma consequência da situação irregular da família. .

O Código de Menores, em seu art. 5º determinava que **“na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”**. Em relação a este artigo, comenta Anísio Garcia Martins (1988, pág. 68): *“o menor estava numa situação de desvalimento natural por sua deficiência etária, mental e jurídica, e não tinha capacitação para autodefender-se de fato ou de direito.”*.

Em suma, o Código de Menores foi o instrumento de consolidação da Doutrina Jurídica da Situação Irregular no Brasil, posteriormente substituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A **Doutrina Jurídica da Proteção Integral** entrou em vigor no Brasil com a Constituição Federal de 1988, assim rompemos com a doutrina da situação irregular existente até então para abarcarmos a doutrina da proteção integral consubstanciada em nossa Carta Magna, de modo que tal princípio auxilia na construção de uma sociedade na qual todos gozam de direitos fundamentais.

Ocorre que, em âmbito internacional, não era uma novidade, ao contrário, já estávamos atrasados várias décadas. Em 20 de novembro de 1959 foi publicada A Declaração dos Direitos das Crianças pela ONU. Em 1989 foi aprovada a Convenção sobre Direito da Criança, sendo o principal documento internacional de

Direitos da Criança consagrando, assim, a doutrina da Proteção Integral. O Brasil é signatário, e, portanto, obrigado a respeitá-la.

Segundo Edson Sêda (1996, pág. 24):

“A Convenção é um diploma jurídico internacional com características inovadoras, que contém alguns elementos presentes na Declaração dos Direitos da Criança de 1959; mas vai muito além de mera declaração de direitos: contém elementos novíssimos de defesa da cidadania não presentes naquele documento que somente declarava direitos donde seu nome, Declaração.”

Ainda, conforme José Roberto Dantas Oliva (2006, pág.89):

“A Constituição Federal de 1988,entretanto, adiantando-se à proclamação da referida Convenção, adotou integralmente a Doutrina Internacional da Proteção Integral, cuja origem remonta à Declaração dos direitos da Criança, de 1959. No plano nacional, referida doutrina, a partir daí, deixou o campo teórico para transformar-se no Princípio da Proteção Integral, incorporando-se definitivamente ao ordenamento jurídico pátrio, em sede de norma constitucional.

Referido princípio é expresso, principalmente no art. 227 da Lei Fundamental, mas, depois, no plano infraconstitucional, foi solidificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).”

O legislador infraconstitucional conferiu eficácia ao princípio constitucional da Proteção Integral da Criança, previsto no art. 227 da Carta Magna, através da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecido como Estatuto da Criança e do adolescente. Assim, temos um documento de direitos humanos com o que há de mais avançado em termos de direitos das crianças e dos adolescentes.

Referido estatuto estabeleceu em seu art. 1º de forma categórica e taxativa: esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Para Antônio Chaves (1997, pág. 51) a expressão “proteção integral” significa:

“Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte.”

Ainda, discorre Antônio Carlos Gomes da Costa (1992, pág. 19) sobre teoria da proteção integral:

“De fato a concepção sustentadora do Estatuto é a chamada Doutrina da Proteção Integral defendida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos”.

A Constituição Federal, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente não asseguram uma proteção qualquer a criança e ao adolescente, mas sim uma proteção INTEGRAL. Importante dizer que não é um rótulo sem propósito, e sim tem a finalidade de demonstrar a especial proteção. A proteção deve ser total, cabal, ter absoluta prioridade, e realizada pela sociedade, família e Estado.

A população infanto-juvenil passa a ser sujeito de direito, ou seja, não é mais tratada como objeto passivo, mas sim como adultos titulares de direitos. Ademais, deve ser protegida em todas as situações, de forma que seja resguardados seus direitos, por se tratarem de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Para Cury, Garrido & Marçura (2002, pág. 21):

“A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”

Deve-se levar em consideração que o Princípio da Proteção implica em uma desigualdade jurídica, pois, somente assim é possível alcançar uma igualdade verdadeira entre as partes, inclinando-se a favor de uma delas para compensar certas desvantagens, que no caso das crianças e adolescentes se da em razão do seu desenvolvimento incompleto (psicológico, moral, físico e intelectual), sendo, portanto, mais suscetível às investidas daqueles que visam neles uma fonte de renda e lucro. E somente com a Proteção Integral para que crianças e adolescentes passem a ser vistos como cidadãos e não utilizando mais a cultura da ‘menorização’, ideia do extinto Código de Menores.

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, pág.12):

“O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensa tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donda, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem as outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.”

A Constituição Federal responsabilizou Estado, sociedade e Família pela proteção das crianças e adolescentes, portanto, devem agir conjuntamente para esta proteção, não cabendo a nenhuma destas entidades assumir as tarefas com exclusividade, ou seja, todas tem responsabilidade e nenhuma pode isentar a outra de tal em razão de assumir a totalidade da responsabilidade pela proteção integral da criança e adolescente.

A responsabilidade da família é reconhecida como um dever moral e jurídico, o qual decorre do laço sanguíneo e também por ser o primeiro ambiente com o qual a criança e adolescente tem contato social. A família tem o dever de proporcionar um desenvolvimento completo e sadio, tanto moral, físico quanto psíquico, da criança e do adolescente. Na realidade, trata-se mais de um dever de não abandono.

Reproduzindo o art. 227 da Constituição Federal, o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a responsabilidade dos pais pela formação dos filhos e na garantia dos direitos fundamentais ai assegurados. O pátrio poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação.

Sobre o pátrio poder ensina Valdir Snick (1993, pág. 183):

“A noção, pois, de pátrio poder evolve um complexo de deveres – assistência material, moral e educacional- ao lado de direitos (ter consigo os filhos, orientar-lhes na instrução e educação). Por outro lado, o descumprimento desses deveres – hoje fiscalizados pelo Poder Público (suprema ofensa na época dos romanos) – tem reflexos tanto no campo civil como no penal. No campo civil, a pena maior é a suspensão do pátrio poder e a perda do mesmo; no campo penal, o cometimento de crimes previstos nos art. 133, 244,249 do Código Penal (crime de abandono material, intelectual e moral)”

Da mesma forma a sociedade deve proporcionar uma integração da criança e adolescente, de modo que respeite a sua individualidade e ajude no desenvolvimento de suas potencialidades.

Já a responsabilidade do Estado consiste no dever de elaborar leis compatíveis com o princípio da proteção integral da criança e adolescente, bem como tomar providências para que tenha acesso aos direitos por meio de ações específicas.

O ECA (Lei n. 8069/90) é baseado em dois pilares, quais sejam a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direito e a afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

2.2 DENSIDADE NORMATIVA DO PRÍNCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Na segunda metade do século XX, a Constituição deixa de ser uma mera carta de intenções políticas e passa a ter força normativa, ou seja, passa a vincular juridicamente os detentores do poder.

Os princípios passaram por várias fases até serem inseridos em nossa Carta Magna.

Tivemos o período do **jusnaturalismo**, no qual os princípios eram totalmente abstratos, praticamente não tinham normatividade.

Posteriormente tivemos o **positivismo**, onde os princípios passaram a integrar os Códigos, mas ainda não tinham normatividade, eram apenas informadores do direito.

Conforme Eduardo Cambi (2008, pág. 88):

“O positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, procurou criar uma ciência jurídica com características análogas as ciências exatas e naturais.

Sete características merecem ser salientadas: a) a identificação plena do direito com a lei; b) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); c) o não reconhecimento dos princípios como normas; d) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; e) identificação entre vigência e validade da lei; f) o formalismo jurídico; g) o não tratamento da questão da legitimidade do direito.”

Para garantir a segurança jurídica, os princípios não eram admitidos como se fossem normas. De forma que era utilizado para a função menor e

acessória de preencher eventuais lacunas na lei, caso não pudesse ser aplicada a analogia e os costumes.

Tal ideia encontra-se no ordenamento jurídico brasileiro no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro que trata e no art. 126 do CPC. O art. 4º menciona que o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, já o art. 126 prevê que não havendo normas legais, o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, de modo que caberia ao juiz, em primeiro lugar, a analogia, depois os costumes e, por último, os princípios gerais do direito.

No **pós-positivismo**, os princípios passaram a integrar os textos constitucionais e ter normatividade, sendo tratados como normas jurídicas.

Segundo Marcelo Novelino, (2010, pág. 187):

“a preocupação com o conteúdo justo das normas jurídicas e, notadamente, com os direitos humanos, fez com que a ciência do direito fosse repensada após o fim da Segunda Grande Guerra, dando início ao desenvolvimento de uma nova dogmática com o objetivo de promover uma reaproximação entre o direito e a moral, o retorno dos valores ao direito e o reconhecimento do caráter normativo dos princípios consagrados nos textos constitucionais: o pós-positivismo.”

O neopositivismo ou pós-positivismo é uma nova forma de interpretação e de aplicação do direito, de modo que procura ultrapassar as características do positivismo jurídico trazendo uma nova compreensão do fenômeno jurídico.

Não podemos considerar o neopositivismo como a superação do positivismo, visto que positividade do direito não pode ser confundida com o legalismo, que é a identificação plena do direito com a lei. Nas constituições modernas o princípio da supremacia da lei não é mais aplicado, pois as leis se submetem a Constituição e precisam estar em conformidade com os princípios constitucionais.

Uma das principais características do pós-positivismo é o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, ao contrário das teorias anteriores.

Miguel Reale (2010, pág.303) conceitua os princípios:

“podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades a pesquisa e da práxis.”

Em continuação alega (2010, pág. 304):

“Ao nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei, de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos.”

Com o neopositivismo, surge a importância em diferenciar regras e princípios, mas primeiramente devemos entender que regras e princípios são espécies de normas jurídicas.

A norma é o que se extrai da interpretação de um texto, de modo que antes da interpretação não há norma, apenas um texto. Interpretar não é declarar que algo existe no texto, mas o entendimento que o intérprete extrai do texto. Eduardo Cambi (2008, pág.87) diz que “o texto ou a letra da Constituição ou da lei não contém, antecipada e automaticamente, a decisão do problema a ser resolvido concretamente”.

Existem textos que contêm mais de uma norma, existem normas que precisam da conjugação de textos para serem formadas, há textos dos quais não se resulta norma, a normas que não resultam de um texto específico.

Eduardo Cambi (2010, pág.88), sobre o conceito de princípios diz:

“os princípios são reconhecidos como pilares axiológicos do sistema jurídico e, conseqüentemente, possuem força normativa imediata. Não exercendo apenas a função secundária de preenchimento das lacunas da lei. São fontes primárias do direito, subjacentes as regras, expressando juridicamente os valores e fins de uma sociedade.”

Destarte, entende-se que os princípios determinam fins a serem atingidos, enquanto as regras estabelecem as condutas, descrevem comportamentos necessários para a preservação ou realização dos princípios.

As regras se esgotam em si mesmas, ou seja, elas descrevem como se deve ou não agir em situações previstas pelas próprias regras. Já os princípios não descrevem como se deve agir, não preveem condutas, mas estabelecem apenas fins normativamente relevantes, um ideal a ser seguido.

O conflito entre princípios é resolvido através da ponderação, de modo que a relação entre os princípios é estabelecida somente no caso concreto, não há uma predefinição de qual princípio deve prevalecer. Para saber qual princípio irá prevalecer depende das circunstâncias do caso concreto e também da argumentação jurídica que será desenvolvida.

É exigida a exclusividade nas regras, ou seja, não há como harmonizar duas regras contraditórias a não ser excluindo uma delas para que a outra prevaleça. Enquanto que os princípios não tem pretensão de exclusividade, havendo colisão entre eles tudo vai depender do caso concreto para saber qual irá prevalecer, e um não irá excluir o outro do ordenamento jurídico.

Quando há conflitos entre regras, há problema de validade. Em um conflito entre regras, uma não será válida, e, por essa razão, deverá ser excluída ou abandonada, seguindo os critérios para a solução de antinomias. Os princípios, por sua vez, além da validade, também envolvem problemas de peso, valor e importância.

A opção por determinado princípio em detrimento do outro não ocorre abstratamente, visto que eles não possuem um valor absoluto. A escolha somente pode ocorrer diante de uma situação concreta, na qual será avaliado qual princípio envolvido tem um peso maior, ou seja, relacionado àquele caso específico.

Ainda que o princípio não prevaleça, ele irá sobreviver intacto. De forma que um princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não irá causar a sua exclusão.

As regras prescrevem determinações, impondo resultados. Caso a regra seja válida, deverá ser aplicada automaticamente, isto em razão de serem mandamentos de definição, devendo ser cumpridas na exata medida de sua prescrição. Se a regra é válida, há que se fazer exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos, é a regra do tudo ou nada.

Não há hierarquia normativa entre regras e princípios, de modo que qualquer uma das espécies de norma poderá prevalecer sobre a outra nos casos em que estiverem em um mesmo estatuto ou mesmo grau hierárquico.

Também existem os postulados normativos, que nada mais são do que uma espécie de norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas. São metanormas que estruturam a aplicação de outra norma.

As regras causam uma segurança jurídica, porque tornam o sistema jurídico mais previsível. Enquanto os princípios tem um maior grau de flexibilidade e tem maior capacidade de aplicação nos casos concretos, fazendo aumentar o nível de insegurança. Com base nisto, não é apropriado um ordenamento constituído apenas de regras, visto que não seria capaz de assimilar as mudanças ocorridas na sociedade. Da mesma maneira não é adequado um ordenamento jurídico baseado exclusivamente em princípios, justamente pela estrutura aberta dos princípios que causaria uma grande insegurança jurídica.

O neoconstitucionalismo foi introduzido com a Constituição Federal de 1988, para nos trazer a ideia de um ordenamento jurídico que conjugue regras e princípios, sendo a Constituição um conjunto de normas jurídicas abertas a evolução. Em suma, devemos ter um equilíbrio entre as regras e os princípios, dando a segurança jurídica ideal.

A Constituição não é mais apenas uma carta de boas intenções. É a partir da eleição da dignidade da pessoa humana como valor da República que ocorreu o fenômeno da rematerialização constitucional, provocando na densidade normativa da Constituição.

Destarte, o neoconstitucionalismo reconhece a força normativa da Constituição, admitindo que os princípios são também normas jurídicas, portanto, os princípios devem ser respeitados como as regras, visto que, sendo também normas, têm a obrigatoriedade de seu cumprimento.

Neste sentido leciona Norberto Bobbio (1996, pág.158): *"A palavra princípios leva a engano, tanto que a velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras."*

Observa-se que a natureza normativa dos princípios possibilita a eles a exigibilidade de seu efetivo cumprimento cogitando-se da intervenção estatal caso algum princípio seja violado.

Os princípios possuem alto grau de abstração, e por esta razão não são inteiramente capazes de subsunção, não podendo ser aplicados de forma imediata, sendo necessária a concretização por meio de outros subprincípios e de valores singulares.

Caso os princípios queiram incidir nas condutas humanas, precisam de normatização, atuando como autênticas normas jurídicas.

Neste sentido, por se tratar o Princípio da Proteção Integral da Criança um princípio constitucional, previsto no art. 227 da nossa Carta Magna, possui densidade normativa, devendo ser respeitado por todo o ordenamento jurídico.

3. PODER FAMILIAR

O presente tópico visa apresentar o instituto do poder familiar, trazendo o seu conceito, histórico, o seu conteúdo e demais características, a fim de iniciar o estudo do tema principal deste capítulo, qual seja: a guarda compartilhada.

3.1. CONCEITO E TITULARIDADE

O poder familiar é o instituto jurídico de proteção do incapaz em virtude da sua menoridade, formado pelo complexo de direitos e obrigações dos pais em relação aos filhos menores de dezoito anos, e visa o desenvolvimento mental, físico, espiritual, sentimental, social e moral dos filhos, bem como o acompanhamento patrimonial através da administração dos bens.

Conforme Sílvio Rodrigues (1979,p.354) poder familiar é “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados tendo em vista a proteção destes”.

Também conceitua Maria Helena Diniz (1993, p.301):

“ (...) o pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e os bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.”

Por sua vez, Ana Maria Milano Silva (2008, p.23), conceitua:

“ (...) O pátrio poder é hoje aceito e denominado como poder familiar, como conjunto de direitos e obrigações sobre a prole, decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção. Talvez até mais obrigações que direitos, em grau igualitário entre o pai e a mãe.”

Giovane Serra Azul Guimarães diz a respeito do poder familiar (2000, p.5): “Atualmente, entende-se o pátrio poder como instituto dirigido sempre no interesse dos filhos, não mais apresentando as características iniciais no sentido de conferir ao pai poderes praticamente ilimitados sobre eles.”

Hoje, é dever e interesse natural dos pais darem as melhores condições para os filhos, tanto na educação quanto nos seus interesses morais, intelectuais, sociais, afetivos, físicos, pois contribuem para a formação intelectual e moral da pessoa.

Para Rolf Madaleno (2008, p.506) o poder familiar “tem como prioritário foco constitucional os melhores interesses dos menores, e não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade familiar.”

Estão sujeitos ao poder familiar os incapazes, em razão da menoridade e a incapacidade de praticar atos da vida civil pessoalmente.

É com o nascimento com vida que a pessoa pode exercer direitos e contrair obrigações civis. A menoridade civil cessa aos 18 anos completos, e então a pessoa se torna habilitada para praticar todos os atos da vida civil.

Cessada a incapacidade do filho, não estará mais sob a égide do pátrio poder. O filho estará sob o pátrio poder até completar a maioridade, se não houver se emancipado, se os pais não forem suspensos ou destituídos de seu exercício por decisão judicial, ou se os pais falecerem.

O art. 226, §5º da Constituição Federal consagrou a igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal, o que é estendido aos companheiros da união estável e a qualquer outra entidade familiar. Posteriormente veio o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na sequência o art. 1.631 do Código Civil, prescrevendo ser dos pais o poder familiar na constância do casamento e da união estável, de modo que exercem com exclusividade apenas no impedimento ou falta de um deles, e caso haja divergência é assegurado a qualquer um dos dois recorrer ao juiz para buscar a solução.

Para Waldyr Grisard Filho (2000, p.13):

“O Pátrio Poder decorre do status de pai ou mãe, seja a filiação natural ou adotiva e, embora comum a acumulação da Guarda e do Pátrio Poder nas mesmas pessoas, é perfeitamente possível a sua separação.”

Importante notar que a separação dos pais não impede o exercício do poder familiar pelo ascendente que não possui a guarda física do filho, conforme art. 1.632 do Código Civil, apenas não exerce o poder familiar aquele que não reconheceu o filho, de forma que não consta no registro do menor o nome do pai.

Neste sentido leciona Walter Brasil Mujalli (2009, p.133):

“(...) em ocorrendo a separação dos cônjuges ou dos genitores, quem perde a guarda ou custódia do filho, não perde o Poder Familiar, mas o seu exercício efetivo, na realidade, é exercido pelo genitor guardião.”

É natural que com a separação o pai guardião tome as decisões da vida dos filhos com a sua custódia fática ou legal, de modo que fica para os pais decidirem em conjunto questões de maior importância. Ao instituir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro com a lei 11.698/08, buscou-se sanar a lacuna existente no exercício do poder familiar de pais que não convivem como casal.

3.2. BREVE RELATO HISTÓRICO

O poder familiar é um dos institutos mais importantes e mais presentes na história da humanidade, a sua origem é tão remota que vai além das fronteiras culturais mais conhecidas pela civilização humana, para Rolf Madaleno (2008, p. 507):

“A origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento.”

O Direito Romano influenciou muito o Direito de Família atual, inclusive quanto ao instituto do poder familiar. A característica da família no Direito Romano era o fato de a mesma basear-se nas relações de poder, e havia uma grande desigualdade entre os indivíduos da família.

Ana Maria Milano Silva (2008, p.13) leciona:

“Inicialmente só o pater, ou seja, o pai, o exercia possuindo domínio total sobre a família e o patrimônio da mesma. A família delineava-se no regime patriarcal, em que o “pater familias” era a autoridade plena sobre tudo e todos. Com o passar dos tempos, o poder paternal ficou restrito às leis, passando de poder para dever. Aos pais foi repassado o dever de educar seus filhos e administrar ou colaborar na administração dos bens dos mesmos.”

Em Roma, quando o instituto da família começou a evoluir, consubstanciando-se numa estrutura jurídica, econômica e religiosa, a partir da figura do *pater*, a mulher foi colocada em uma posição inferior, sendo considerada incapaz de reger sua própria vida, igualando-se aos filhos.

Em assim sendo, o Pátrio Poder era exercido somente pelo pai (como bem diz o nome) e significava um poder idêntico ao da propriedade, que incluía a esposa, os filhos, os escravos e os assemelhados.

Ana Maria Milano Silva (2008, p.15) continua:

“A origem do Pátrio Poder entre os romanos, bem como entre os povos antigos em geral, tem fundamento na religião. O “pater” seria o chefe de um culto religioso aos antepassados baseado no medo, no qual as honras fúnebres a eles tributadas tinham o intuito de apaziguar-lhes os espíritos.”

Na Idade Média prevaleceu a orientação romana, inspirada no interesse dos pais e não no interesse dos filhos, atribuindo-lhe um poder perpétuo sobre seus descendentes.

Ainda segundo Ana Maria (2008,p.16): “O cristianismo começou a reconhecer a igualdade entre os cônjuges e a pregar, como um dever dos pais, os cuidados com a educação física, social, cultural, moral e religiosa dos filhos.”

As ordenações do Reino trouxe a ideia romana do pátrio poder para o Brasil, em que o homem era visto como chefe da sociedade conjugal, conferindo o poder ao *pater famílias*.

Ana Maria Milano Silva (2008, p. 7) diz a respeito da introdução do poder familiar no Brasil:

“A feição romana do Pátrio Poder encontrou guarida nas Ordenações do Reino e assim foi translada para o Brasil pela Lei de 20 de outubro de 1.823, ou seja, conferiu total poder e domínio do pater família. O homem era o chefe da sociedade conjugal, a “cabeça do casal”, enquanto a mulher, relativamente incapaz, necessitava de seu amparo e de sua autorização pra a pratica de atos da vida civil.”

O Código Civil de 1916 ainda seguia o modelo patriarcal, demonstrado no art. 380, parágrafo único um maior poder patriarcal:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

O Estatuto da Mulher casada, Lei 4.121/42 prevê a mulher como sendo colaboradora do marido no exercício do pátrio poder, então passa a ter o direito de ajudar o marido.

Posteriormente, a Lei 6.515/77 prevê, em seu art. 27, que os genitores são titulares dos encargos parentais, que continuam mesmo após o divórcio, porém a guarda seria exercida somente por um deles:

Art 27. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1.988 prevê em seu art. 226 a igualdade entre homem e mulher, portanto, não vigora mais a ideia de “colaboração”, atualmente tem-se a atuação conjunta e solidária.

Da mesma forma, o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra a igualdade entre os pais:

“Art. 21. O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. “

O Código Civil, em seu art. 1.511, prevê que “o casamento estabelece plena comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, extinguindo toda prevalência feminina na atribuição da guarda.

Em razão da igualdade estabelecida entre o homem e a mulher, o termo “pátrio poder” começou a ser questionado, pois remetia a ideia do patriarca.

Para Rolf Madaleno (2008, p. 506):

“A expressão pátrio poder induzia à ideia de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade de cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos da evoluindo para a denominação de poder familiar, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos.”

O Código Civil de 1.916 conservou o termo pátrio poder, porém foi alterado pela Emenda nº 278 e adotou o termo “pode familiar”, trazendo o atual significado de igualdade entre os genitores, em que ambos assumem os direitos e deveres em relação aos filhos.

3.3 CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

Enquanto menor, esse ser é incapaz de prover suas necessidades e reger seus bens, necessitando que alguém o faça. Os direitos e obrigações, conteúdo do poder familiar, visam à formação física, mental, moral, espiritual, social, ou seja, tudo o que o necessário for para uma vivência sadia, realizada, completa.

O poder familiar é um “*múnus*” público, imposto pelo Estado aos pais, com a finalidade de zelar pelo futuro de seus filhos, inclusive de seus bens. A lei impondo deveres aos pais, com o intuito de proteger os filhos, realça o caráter de *múnus* público do poder familiar, de modo que se torna irrenunciável e é submetido à sua fiscalização e controle.

O conteúdo do poder familiar é encontrado no art. 229 da Constituição Federal, que prescreve os deveres dos pais, quais sejam: assistir, criar e educar o filho menor. Da mesma maneira, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que são deveres dos pais o sustento, guarda e educação dos filhos.

Segundo Ana Maria Milano Silva (2008, p.34):

“(...) o Poder Familiar é muito mais uma obrigação dos pais para com os filhos e seus bens do que um direito. O direito é da prole, de receber, de quem a gerou ou adotou, os cuidados de que necessita. O cumprimento desse direito tem apoio no ordenamento jurídico e é supervisionado pelo Estado.”

O Código Civil, por sua vez, no art. 1.634 estabelece mais deveres dos pais em relação aos filhos menores, e, como dever fundamental, os ascendentes devem assistir seus filhos, protegendo-os fornecendo alimentos, segurança, mantendo-os em sua companhia e guarda, bem como zelando pela sua integridade psíquica e física, e também os filhos os devem a necessária obediência.

Embora os pais estejam separados e o pai não detenha a guarda física do filho, ele tem o dever de participar efetivamente da vida afetiva e sentimental do filho.

O pátrio poder tem como conteúdo os seguintes direitos-deveres: dirigir-lhes a criação e educação; poder disciplinar; poder de vigilância; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, nomeação de tutor, representação até os dezesseis anos de idade; assistência, após os 16 anos nos atos da vida civil; tomada forçada de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhe prestem obediência e respeito; permitir serviços próprios da idade; e quanto à esfera patrimonial temos o direito-dever de administração dos bens dos filhos e usufruto dos bens.

A criação é a atuação dos pais na formação da personalidade do filho, auxiliando em seu desenvolvimento físico, moral, intelectual, espiritual e social. A educação é matricular o filho na escola e verificar a sua frequência as aulas.

Pode exercer o poder disciplinar dentro dos limites, de modo que o abuso a esse poder pode gerar maus-tratos e/ou abandono, causando sofrimento desnecessário do guardado.

O poder de vigilância é exercer a fiscalização dos atos dos filhos, é acompanhar a formação moral, intelectual, social, bem como religiosa e profissional.

A companhia é o direito que os pais têm de ter a presença dos filhos ou tê-los junto de si por alguns momentos e em lugares definidos.

Os filhos podem contrair matrimônio depois dos 16 anos de idade e antes dos 18 anos, desde que tenham a autorização dos pais, conforme artigo 1.519 do Código Civil.

A medida judicial aplicável para reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha é a de busca e apreensão e também pode requerer a instauração de um inquérito policial quando alguém subtrair o incapaz de sua posse.

3.4. EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

Há três figuras diferentes relacionadas á perda do exercício do poder familiar, quais sejam: extinção, suspensão e perda.

O Código Civil e também o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam o poder familiar e estabelecem normas para caso os pais desrespeitem os deveres com relação aos filhos, podendo ocorrer a suspensão ou a destituição do pátrio poder, ou até a sua extinção.

3.4.1 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O Estado fiscaliza os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, e quando não são cumpridos pode gerar a suspensão do Poder Familiar, conforme o art. 1633 do Código Civil, se os pais prejudicarem os filhos terão o seu poder familiar suspenso por sentença judicial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê a suspensão do poder familiar em seus artigos 24 e 129, inc. X:

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

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:
X - Suspensão ou destituição do poder familiar.

Insta salientar, que a suspensão do poder familiar pode englobar todos os poderes referentes a ele ou somente alguns, todos os filhos ou apenas alguns, sendo que a gravidade do situação irá determinar a decisão judicial.

3.4.2 PERDA DO PODER FAMILIAR

Em relação à perda do poder familiar, Maria Milano Silva (2008, p. 29) leciona:

“Como medida drástica, pode ocorrer nos casos em que gravíssimos atos de agressão aos deveres paternos restarem comprovados. Poderá atingir apenas um dos genitores, passando os direitos e obrigações do Poder

Familiar , integral e unicamente, ao outro. Caso este não tenha condições de assumir o encargo, o juiz deverá nomear tutor ao menor.”

Os motivos que levam a perda do poder familiar são: castigar imoderadamente os filhos; abandono do menor decorrente de desleixo e desinteresse dos pais; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; se o genitor permitir ou obrigar a trabalhos não adequados a idade do menor.

Por sua vez, a perda da guarda pode ser motivada pela violação dos direitos da criança ou do adolescente, que pode se dar de diversas maneiras, entretanto a mais comum é o descumprimento das obrigações de guardião.

Basicamente, os casos que geram a perda da guarda são esses: perda do poder familiar; descumprimento de deveres de guardião; abandono material; abandono intelectual; manutenção em ambiente não saudável; comportamento não exemplar. Outra hipótese de perda da guarda se dá em decorrência da alienação parental.

3.4.3 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Por sua vez, a extinção do poder familiar está previsto no art. 1.635 do Código Civil:

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

A extinção é marcada pela definitividade da ocorrência.

São causas de extinção do poder familiar: a morte dos pais, a morte dos filhos, emancipação, maioridade, adoção e a perda do poder familiar por decisão judicial.

Se apenas um dos pais morre, o poder familiar se concentra no genitor sobrevivente, porém o poder familiar se extingue quando ambos os pais morrem.

A morte do filho extingue o poder familiar, pois ele é o sujeito passivo.

A emancipação libera filho menor de 18 anos do poder familiar e pode ocorrer de 5 formas: a) os pais concedem a emancipação ao filho menor de 18 anos através de um instrumento público e não necessita de homologação judicial, ou o tutor pode conceder a emancipação e necessita de uma sentença judicial e que o menor tenha 16 anos completos; b) a emancipação também pode se dar pelo casamento; c) pela colação de grau em curso de ensino superior; d) pelo exercício de emprego público efetivo; e) por existir um estabelecimento comercial ou civil, ou a existência de uma relação de emprego que faça com que o menor com 16 anos completos tenha economia própria.

A maioridade se dá aos 18 anos e a partir de então filho tem capacidade de praticar os atos da vida civil e não precisam mais ser representados ou auxiliados pelos pais. Caso com a maioridade não tenha a capacidade civil, o poder familiar torna-se a curatela.

No caso da maioridade ou da emancipação, a extinção do poder familiar também extingue a guarda, visto que a pessoa não exige mais cuidados em razão de sua inexperiência.

Com a adoção, os pais biológicos perdem o poder familiar, que passa a ser dos pais adotivos.

4 GUARDA DOS FILHOS

O presente tópico visa apresentar o estudo do conceito de guarda dos filhos, bem como, a demonstração das mais diversas formas de se aplicá-la, relacionando sempre aos princípios do Direito de Família, principalmente o do melhor interesse do menor.

4.1 CONCEITO DE GUARDA

O instituto da guarda está previsto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém não trazem a sua definição, de modo que o primeiro apenas reconhece a guarda como atributo do poder familiar, ao passo que o último define as atribuições conferidas ao guardião.

Walter Brasil Mujalli (2009, p.132) conceitua guarda:

A expressão “guarda” se constitui em um termo genérico, e em sentido jurídico “latu senso” é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto este não atinge a plena capacidade para exercer todos os atos da vida civil, em nossa sociedade.

Para Ana Maria Milano Silva (2008, p. 39):

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente em com ele em situações ocorrentes.

Continua Ana Maria (2008, p.40):

A guarda, assim, é da natureza do poder familiar, não da sua essência. Tanto é que, se transferida a terceiros, não implica a transferência desse. Em resumo, por ser a guarda atributo do poder familiar e tendo possibilidade de se separar dele, não se exaurindo nem se confundindo com o mesmo, pode existir sem ele.

Por sua vez Rolf Madaleno leciona (2008, p.353):

A guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos (art. 1.632 do CC). A guarda é atributo do poder familiar e compete aos pais ter os filhos em sua companhia e guarda.

Portanto, guarda é um conjunto de direitos e deveres estabelecidos entre o guardião e o guardado, destinando-se ao desenvolvimento pessoal deste. De modo que a guarda também diz respeito à custódia e a proteção do menor pelos pais, sob o poder familiar.

4.2 MODALIDADES DE GUARDA E SEUS EFEITOS EM RELAÇÃO AO PODER FAMILIAR

A guarda unilateral ou exclusiva é aquela exercida por apenas um dos genitores, e a guarda compartilhada, ocorre quando ambos os genitores a exercem. Assim, neste tópico serão analisadas as modalidades de guarda: a guarda conjunta, a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada. Bem como os efeitos que cada uma delas produzem em relação ao poder familiar.

Ainda, deve-se atentar para o fato de que, a qualquer tempo, há a possibilidade de alteração da modalidade de guarda, visando o melhor interesse do menor.

4.2.1 GUARDA UNILATERAL

A guarda é atribuída a um dos genitores ou a terceiro, que a exercem de maneira exclusiva, tendo apenas um guardião, prevista no art. 1.583, caput e parágrafo 1º, primeira parte do Código Civil.

Ana Maria Milano Silva (2008, p. 103) leciona a respeito da guarda unilateral:

Efetivamente a participação nas principais decisões a respeito dos filhos não existe na guarda única, já que só o genitor-guardião as exerce, relegando ao outro somente a visita demarcada e a obrigação de alimentos.

Suzana Oliveira Marques (2009, p. 63) a define como: espécie pela qual a guarda pertence a um dos genitores e o outro contribui com o sustento dos filhos, pagando verba obrigacional [...].

A guarda unilateral, não raramente, causa o afastamento entre o pai não guardião e os filhos, e se essa atitude parte dos pais pode causar uma carência

afetiva que venha a culminar em um complexo de rejeição ou outros problemas psicológicos no filho. A falta da convivência diária diminui a afetividade entre o não guardião e os menores, porém, não libera o genitor dos deveres básicos da paternidade.

O genitor não guardião, entretanto, não irá perder a titularidade da autoridade parental, visto que a não convivência marital entre os genitores não atinge as relações entre pais e filhos, sendo garantido ao não guardião os direitos de visita e de vigilância, limitando, assim, os direitos do guardião.

Conclui-se, então que, mesmo que a guarda seja deferida a um dos pais, não tem o condão de eximir o genitor não guardião das obrigações, visto que não implica na perda do poder familiar.

Para Ana Maria Milano Silva (2008, p. 122) na guarda única os pais continuam exercendo o poder familiar, mas com algumas limitações:

(...) na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Vale dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há, efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores.

A guarda unilateral pode ser estabelecida por consenso ou litígio, todavia em caso de disputa, a lei traz que a guarda será destinada àquele que detiver as melhores condições para exercê-la, ou seja, aquele que possuir mais afeto, integração familiar, saúde, segurança e educação.

Desta forma, fica claro que não há qualquer preferência da lei em relação ser o pai ou a mãe o guardião. Lembrando que é cabível a aplicação da guarda unilateral quando não for possível a fixação da guarda compartilhada, pois o ordenamento jurídico da preferência a esta.

4.2.2 GUARDA CONJUNTA

É aquela exercida por ambos os genitores na constância do casamento, há um exercício simultâneo do poder familiar e da guarda de forma igualitária, ou seja, trata-se da convivência e a comunicação diária entre pais e filhos, na qual o casal compartilha direitos e obrigações em relação aos filhos.

A guarda conjunta decorrente do poder familiar, sendo que a sua origem não é legal, muito menos judicial, contudo, é natural, pois surge do fato da paternidade e maternidade. O ordenamento jurídico regula o seu correto exercício, porém, a atribuição judicial da guarda ocorre quando há conflito, normalmente quando os pais se separam.

Há doutrinadores que entendem que guarda conjunta é a mesma coisa que guarda compartilhada, porém, adotaremos o entendimento de que são modalidades diferentes, uma vez que a guarda conjunta é exercida por ambos os genitores durante a relação conjugal e a guarda compartilhada é exercida após seu término, figurando o pai e a mãe como guardiões do menor.

Integrada ao pátrio poder, a guarda conjunta é um direito-dever de convivência com o menor, permitindo o exercício dos deveres de vigilância, direção e educação.

Referida guarda, portanto, pressupõe exercício simultâneo e comum do poder família, exercendo, também, guarda jurídica e material em igualdade.

4.2.3 GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada é aquela em que o filho menor fica um período na casa do pai e um período na casa da mãe, destaque-se o fato de que a mobilidade do guardado deve ser pelo fato dos pais residirem perto ou se dispuserem em buscar e levar o filho de uma residência a outra.

Jorge Augusto Pais de Amaral define a guarda alternada como (1997, p.168):

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um do pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis se invertem.

Para Dimas Messias de Carvalho (2010, p.64) a guarda alternada não é aconselhável:

A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais, não é aconselhável, pois as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado numero de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis.

Neste mesmo sentido, leciona Ana Maria Milano (2008, p. 57):

Este é um modelo de guarda que se opõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o levado numero de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica, uma vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais (...)

Insta salientar que esta guarda não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, que optou em substituí-la pelo instituto das visitas.

Existem várias diferenças entre a guarda alternada e a guarda compartilhada, mas há autores que as tratam como sendo somente uma modalidade. Na guarda alternada tem-se a divisão de períodos nos quais os guardiões exercerão a autoridade parental e a guarda física do menor, levando-se em consideração o interesse dos pais e não dos filhos. Enquanto que na guarda compartilhada os genitores exercem a autoridade parental concomitantemente, porém, a guarda física permanece com um dos genitores.

Portanto, a principal diferença da guarda alternada para as outras modalidades é que cada um dos pais têm a guarda exclusiva, no seu respectivo período, e em outro momento o direito-dever de fiscalização e visita.

A guarda alternada não deixa de ser um exercício unilateral da guarda, visto que, cada genitor, em seu período, exerce exclusivamente a guarda, de forma que todas as decisões referentes ao menor são tomadas sem que haja intervenção do outro genitor.

A vantagem desta modalidade é que os filhos conservam o relacionamento com os dois genitores, não há o afastamento que ocorre na guarda

unilateral. Porém o desenvolvimento do filho resta prejudicado em razão das mudanças de residência, sendo que poderá gerar conflitos internos no menor, e também causa problemas para a consolidação dos hábitos, padrões e formação da personalidade do menor, visto que pode desenvolver uma instabilidade emocional e psíquica.

4.2.4 GUARDA COMPARTILHADA

Guarda compartilhada é um instituto complexo formado por direitos e deveres de pais separados, para regulamentar a proteção familiar da criança e adolescente, formado por regras sobre a permanência, educação e criação dos filhos, destinadas aos genitores em conjunto.

Podemos retirar a sua definição do 1.583, parágrafo primeiro, parte final, do Código Civil: “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”.

O tema será mais bem desenvolvido adiante, pois o presente trabalho visa uma maior análise desta modalidade de guarda.

5 GUARDA COMPARTILHADA

A relação entre os genitores não deve afetar a convivência entre pais e filhos, visto que, com a separação, há cisão da guarda comum.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seus artigos 2º e 3º os direitos desses, sendo um deles o direito de convivência familiar e comunitária, mas na guarda exclusiva dos filhos esse direito se torna desigual.

O art. 227 da Constituição Federal traz os deveres da família, do Estado e da sociedade em relação à criança e ao adolescente e acrescenta que deverão ser colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Todo o ordenamento jurídico brasileiro traz o exercício conjunto do poder familiar, durante o casamento ou a união estável bem como após o rompimento do vínculo familiar.

Atualmente, há um tratamento desigual entre os genitores no momento da atribuição da guarda única, que geralmente é conferida à mãe, por este motivo é importante entender a guarda compartilhada, que é um novo modelo de guarda que privilegia a igualdade dos pais, prevista na Constituição Federal e em outros diplomas legais, tendo como norte o interesse dos filhos para que todos os seus direitos e deveres sejam preservados.

Por ser novidade no ordenamento jurídico brasileiro e a sua decretação ser preferência, neste tópico será abordada a guarda compartilhada e às questões a ela relacionadas.

5.1 CONCEITO

Na guarda compartilhada há o exercício conjunto do poder familiar entre os genitores, estendendo a estes as mesmas prerrogativas no momento de tomar decisões sobre o destino dos filhos.

Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 62) leciona que a guarda compartilhada “ocorre quando os pais conjuntamente se responsabilizam pela criação e educação dos filhos ao mesmo tempo, decidindo de comum acordo”.

O parágrafo primeiro, segunda parte, do artigo 1.583 do Código Civil conceitua guarda compartilhada: “(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”.

A guarda compartilhada privilegia o filho, fornecendo-lhe um ambiente saudável para que se desenvolva, não tem o pai ou a mãe como preferência e com isso acaba com a presunção de que a guarda é confiada a mãe simplesmente porque ela detém melhores condições.

Esta modalidade de guarda surge levando em conta o menor guardado e os pais, uma vez que a participação dos pais é indispensável para o caráter e formação da criança e do adolescente.

A principal ideia da guarda compartilhada é que para o filho continue existindo uma comunidade familiar mesmo que os pais estejam separados, diminuindo a distância e procurando preservar o contato dos pais com os filhos, de modo que acompanhem o crescimento e amadurecimento dos filhos.

Neste sentido leciona Rolf Madaleno (2008, p.354):

(...) a guarda compartilhada tem em mira permitir a cada um dos pais o direito de poder participar das mais relevantes decisões pertinentes a seus filhos comuns, sempre na intenção de proteção da prole, durante seu estágio de crescimento, desenvolvimento e estabilidade emocional, devolvendo à vida dos filhos de pais separados a participação efetiva de ambos os genitores na sua formação social, psicológica, afetiva, espiritual e no tocante à sua educação.

Maria Antonieta Pisano Motta (1996, p.19) diz a respeito da guarda compartilhada, embora utilize o termo guarda conjunta:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualmente da convivência, da educação, e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças tem uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Tampouco é preciso que estes desloquem-se de casa de um genitor para a de outro em períodos alternados, pois na guarda conjunta os pais podem planejar como quiser a guarda física, que passa a ser de menor importância, desde que haja respeito pela rotina da criança.

Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e também muitas vezes bem-sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre as

partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.

Ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos.

A guarda compartilhada não é panaceia para os consideráveis problemas que a separação suscita: ela de fato chega a não ser adequada para algumas famílias, especialmente aquelas em que os cônjuges vivem em conflito crônico. Entretanto não deve ser descartada a priori, como muitas vezes lamentavelmente ocorre.

Não se pode confundir guarda compartilhada com a guarda alternada, que é a divisão dos dias da semana nos quais cada pai permanece com os filhos.

Deste modo, a guarda compartilhada é aquela atribuída a ambos os genitores que a exercem em sua plenitude conjuntamente, sendo que um ficará com a guarda física e ambos com a guarda jurídica.

5.2 HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA

Com a Revolução Industrial começa a transição da família patriarcal para a família moderna, de modo que a mulher começa a se igualar com o homem. Diante de tantas alterações ocorridas nesta época, surge a guarda compartilhada no Reino Unido.

No Brasil, a guarda dos filhos era chamada de posse dos filhos no Decreto nº 181 de 1890, que somente existia no caso de invalidação do casamento e dissolução da sociedade conjugal, tal decreto dava preferência da guarda para o cônjuge inocente, ou seja, aquele que não tinha culpa na separação.

A terminologia posse dos filhos foi muito criticada e com o Código Civil de 1916 passou a ser chamada de guarda dos filhos, posteriormente, surgiram diversos avanços, sendo um deles a guarda compartilhada.

Com a Constituição Federal de 1988, não vigora mais a ideia da culpa pela separação para definir a guarda, mas sim o interesse da pessoa inexperiente que iria ser guardada.

O Código Civil de 2002 traz a confirmação de que a culpa, como no caso da infidelidade, não gera a perda automática do direito de guarda, não se aplicando o equivocado art. 10, caput, da Lei 6.515/77, pois o interesse do filho menor deve estar acima da discussão sobre a culpa, e a sua guarda será deferida ao genitor que detiver as melhores condições para satisfazer o seus interesses.

Porém, o atual Código Civil não tratou sobre a guarda compartilhada, por ser um tema novo na época de sua promulgação. Ocorre que, mesmo com a falta de regulamentação, não impediu que esta modalidade de guarda fosse adotada nos casos de separação, dissolução da união estável e divórcio.

O regime da guarda unilateral era preferência no direito brasileiro, conforme Walter Brasil Mujalli (2009, pág. 136):

Assim, antes da lei, o pai ou a mãe do menor morava com ele e era o detentor com exclusividade, da guarda do filho, cabendo ao outro genitor tão somente o exercício do direito de visita estipulado de comum acordo ou mediante determinação judicial. Só isso.

Contudo, em razão do interesse da criança em manter uma relação próxima com ambos os genitores, mesmo não existindo previsão legal, a guarda compartilhada foi admitida nos tribunais, fixada nos casos em que fosse a modalidade que mais prestigiasse o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Embora não houvesse previsão legal, as decisões eram fundamentadas constitucionalmente, de modo que a guarda compartilhada era embasada em 3 princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da prevalência da criança e do adolescente e princípio da igualdade entre os cônjuges.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, os filhos devem manter vínculos próximos com os pais independente da relação dos cônjuges ou conviventes. Durante a constância do casamento os cônjuges exercem em igualdade os direitos e deveres do casamento, da mesma forma, eles exercem em igualdade os direitos e deveres sobre os filhos após o rompimento da sociedade conjugal. Em relação ao interesse da criança e do adolescente, é mais vantajoso para o filho acumular experiências do pai e da mãe e irá se beneficiar com a sua formação familiar, social, moral, sentimental e intelectual.

A guarda compartilhada surge da tentativa de ampliar o tempo de visita, somado ao direito de ter a companhia do filho e a maior participação do genitor visitante nas decisões acerca da vida do filho.

O ingresso da guarda compartilhada no Brasil se deu através da jurisprudência e doutrina, e, posteriormente, foi instituída no ordenamento jurídico pela Lei 11.698/08.

Conforme Ana Maria Milano Silva (2008, pág. 45):

É de suma importância já se ressaltar que a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, fazendo referência explícita à guarda compartilhada, afirmando que ela poderá ser requerida, por consenso entre os pais, bem como decretada pelo Juiz, em atenção a necessidades específicas do filho.

Porém, a Lei 11.698/08 admitia a guarda compartilhada apenas nos casos em que havia consenso dos pais e também era necessária a intervenção judicial para homologar o acordo feito extrajudicialmente ou durante o processo.

Neste sentido leciona Rolf Madaleno (2008, p.274):

A guarda conjunta não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para a sua adoção um absoluto consenso dos pais, muito embora a Lei nº 11.698/08 aconselhe sua aplicação, sempre que possível (art. 1.584, §2º, do CC). A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egoísta dos pais. Deve ser tido como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora tenha perdido a sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de plena realização parental, ao cuidar de priorizar o fundamental interesse da prole e realizar no plano concreto a felicidade dos filhos.

Continua Rolf Madaleno (2008, p.276):

Desse modo, apenas é factível a guarda conjunta por consenso, nos processos amistosos de separação judicial, divórcio, dissolução, de união estável ou cautelar de guarda, eis que apenas por consenso e consciência dos pais será possível aplicar a custódia compartilhada, e de todo inviável no litigioso, com os pais em conflito (...).

Portanto, conclui-se que com a Lei nº 11.698/2008, alterou-se o exercício do poder parental após o término do matrimônio, de tal forma que era permitindo ao juiz impor a guarda compartilhada. E o maior objetivo da guarda

compartilhada é atender ao interesse do menor, que deve se protegido por meio de disposições que visem soluções no interesse deste.

A harmonia entre o casal era essencial para a fixação da guarda compartilhada, por esta razão era pouco utilizada, visto que são raros os casos em que há uma boa convivência após o término da relação conjugal. Desta forma, a guarda mais utilizada era a guarda exclusiva, sendo fixada a guarda em favor de um dos pais e a o outro restava o direito de visitas.

Neste cenário, surge a Lei nº 13.058/14, que altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, e a guarda compartilhada passa a ser prioridade no momento de fixar a guarda dos filhos.

Insta salientar que, atualmente, com a mudança introduzida pela referida lei, a guarda compartilhada deve ser adotada mesmo que não haja relação harmoniosa entre os genitores. Por este motivo sustentam a obrigatoriedade da guarda compartilhada, todavia, a lei permite a fixação da guarda unilateral dos filhos, de forma excepcional, nos casos em seja impossível o exercício da guarda compartilhada.

Demonstra este entendimento a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA. AMPLIAÇÃO DO CONVÍVIO. A convivência do pai com a filha é direito desta mostrando-se adequado que ambos os pais compartilhem as decisões relativas à menina. Nos termos do art. 1.584, § 2º, CC, mesmo quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda da filha, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada. Diante da disponibilidade da parte, amplia-se o convívio familiar. Apelo provido (Apelação Cível Nº 70066453358, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 12/11/2015).

(TJ-RS - AC: 70066453358 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 12/11/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2015)

A Lei 13.058/14 demonstra um favoritismo pela guarda compartilhada ao alterar os dispositivos do Código Civil referentes a guarda, devendo ser adotada sempre que possível. A guarda exclusiva, por sua vez, passa a ser uma exceção à regra.

A guarda compartilhada é a solução ideal, visto que se adéqua a realidade atual das famílias, evitando os prejuízos ao menor causados pelas outras modalidades de guarda. Podemos concluir que, atualmente, analisa-se primeiro a possibilidade de sua aplicação, e, somente no caso de não ser possível, aplica-se as demais modalidades de guarda dos filhos.

5.3 NATUREZA JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda é um atributo do poder familiar. Porém, a guarda compartilhada é vista por muitos como responsabilidade civil na relação paterno-familiar; enquanto outros aproximam a guarda compartilhada do direito de visitas, sendo uma mera ampliação deste direito.

Desta forma, podemos considerar a guarda compartilhada como um instituto do direito de família vinculado ao poder familiar que permite uma ampliação do direito de convivência do pais com os filhos em igualdade, permitindo um melhor desenvolvimento do menor, seja tanto internamente quanto socialmente.

O poder familiar tem como característica a irrenunciabilidade e indelegável, ou seja, os genitores não podem transferir e nem renunciar o encargo apenas por sua vontade. Também é imprescritível, sendo que o poder familiar não acaba se o titular simplesmente deixar de exercê-lo, de forma que apenas poderão perder o pátrio poder nos casos previstos em lei.

5.4 FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A partir do momento da separação do casal, os filhos menores são atingidos e então é necessária a intervenção do Estado para regulamentar a guarda e o direito de visitas.

No momento da fixação da guarda deve-se levar em consideração o princípio do melhor interesse e bem estar das crianças e adolescentes, ou seja, o juiz irá analisar a possibilidade da fixação da guarda na modalidade compartilhada.

Para Rolf Madaleno (2008, p. 355):

(...) o juiz sempre deverá conciliar as necessidades específicas dos filhos, e concitar a ambos os pais, de forma igualitária, para a tarefa de educar e

criar seus filhos comuns, conferindo-lhes maiores responsabilidades, antes sequer consideradas e razão do consenso quanto a fórmula legal da exclusiva guarda unilateral, e cuja prática era determinante para uma maior alienação parental do ascendente não guardião.

Comunga deste entendimento Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 65):

A guarda unilateral ou compartilhada por ser fixada por determinado período, considerando os interesses do filho, requeridas por consenso pelos pais ou decretada pelo juiz, atendendo as necessidades específicas do filho e observando a distribuição do tempo necessário ao convívio deste com pai e com a mãe.

Na guarda consensual homologada, ambos os pais manifestaram a vontade pela guarda compartilhada, cabendo ao juiz à decisão de homologar ou denegar a mesma. Enquanto na guarda partidária decretada, há requerimento de um dos genitores enquanto o outro está em desacordo, cabendo ao juiz decidir pela guarda compartilhada ou não. Temos ainda a guarda instituída “ex officio”, ou seja, aquela que é decretada pelo juiz atendo aos interesses do filho, para melhor distribuir o tempo de convívio entre pai e filho.

Conclui-se que a guarda é definida com base no interesse do menor, tendo que cumprir os direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição Federal, que são: direito à saúde, alimentação, vida, educação, profissionalização, lazer, cultura, dignidade, liberdade, convivência familiar e comunitária e ao respeito.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a expressão “interesse do menor” trazida pelo lei significa (1997 p. 195):

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende de apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.

O juiz irá analisar as condições pessoais dos genitores, como as condições materiais e morais, que irão servir de base para que descubra qual o interesse do menor: em relação as condições materiais irá analisar a atividade profissional, residência, renda mensal, facilidades escolares, entre outras coisas; já em relação as condições morais, será analisado o ambiente social que o pai está inserido, o círculo de amizades, os cuidados e investimentos paternos. Também é importante analisar a idade da criança para descobrir qual o interesse do menor, como por exemplo, na primeira infância o menor tem mais ligação com a mãe em razão do aleitamento, porém quando ingressa na idade escolar, depende da capacidade educativa dos pais, do ambiente em que está inserido, do tempo disponível para se dedicarem aos filhos, etc.

Uma questão importante é a oitiva dos menores no processo de atribuição da guarda. O menor tem direito de expressar a sua vontade e de ser ouvido em temas de seu próprio interesse, ressalva-se que o importante é ouvir a criança e não fazer com que escolha entre um dos genitores.

Além disto, é missão do juiz avaliar se a preferência da criança por um dos genitores está em consonância com a melhor solução para a situação, pois essa predileção pode ser pelo genitor menos exigente ou o menor pode estar sob a influência de qualquer dos genitores.

5.5 GUARDA FÍSICA E GUARDA JURÍDICA

Mesmo que a guarda seja fixada na modalidade compartilhada, deverá ser fixada a chamada guarda física, de modo que o guardado deve permanecer e residir com um dos genitores, embora as decisões relativas ao menor deverão ser tomadas por ambos.

A respeito da fixação residência do menor menciona Ana Maria Milano Silva (2008, p.107):

Embasando esse ponto temos que essa residência, única e não alternada, deverá ser escolhida mediante o critério de poder representar um centro de apoio aos filhos para suas atividades no mundo exterior, além de significar condição de continuidade, conservação e estabilidade. Tais condições são necessárias principalmente no momento de separação dos pais.

Leciona Suzana Oliveira Marques (2009, p. 64):

Na guarda compartilhada ou comum, os pais exercem ativa e conjuntamente a autoridade parental, partilhando as decisões importantes, mas somente um deles detém a guarda física ou fática, havendo, porém, em relação ao outro que não a detém, uma liberdade maior para estar em contato com a criança ou adolescente, sem cronogramas ou esquemas pré-estabelecidos.

É a situação fática que definirá se o local da residência será na casa materna, paterna ou, se nenhum dos genitores detém as condições, a guarda será deferida para um terceiro que tenha compatibilidade com a criança ou adolescente.

A esse respeito Ana Maria Milano Silva (2008, p.72) explica:

(...) a guarda compartilhada legal, ou simplesmente guarda jurídica, corresponde a compartilhar todas as decisões importantes relativas aos filhos. A guarda compartilhada material ou simplesmente guarda física corresponde aos acordos de visita e acesso. No contexto da guarda jurídica, os pais podem planejar como desejarem a guarda física. O princípio de todas as determinações, entretanto, deve ser a continuidade das relações pais-filhos e a não-exposição da criança ao conflito parental.

Conclui-se que a guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda e a responsabilidade pelos filhos, mas é necessário que seja definido um domicílio para a prole, desta forma, somente um dos genitores possuirá a guarda física, garantindo assim o princípio da continuidade do lar.

Porém, pode ter a possibilidade da guarda compartilhada com alternância de residências, com a finalidade de dividir o tempo de convivência dos pais com os filhos de forma equilibrada, para que haja igualdade de tratamento a ambos os pais. Ainda, a alternância somente é possível nos casos em que a distância entre as residências dos genitores permita.

Trata-se de uma guarda compartilhada com convivência equilibrada, em concordância com o disposto na Lei nº 13.058/14.

A guarda compartilhada com alternância de residências tem razão porque muitos genitores não estão satisfeitos com a simples visita quinzenal enquanto o outro genitor mantém a guarda exclusiva, e também porque muitos

casais pretendem cooperar mais conjuntamente e não apenas um dos pais dispor mais de seu tempo para atender as necessidades do filho menor.

Na guarda compartilhada com semanas alternadas sempre há o compartilhamento de direitos e deveres entre os genitores, reunindo a guarda legal e a guarda física, enquanto que na guarda alternada quando os períodos se alternam, também alternam a totalidade da guarda legal e física, ou seja, é como a guarda unilateral, alternando o guardião da criança, este modelo não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

5.6 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A principal ideia e vantagem da guarda compartilhada é que para o filho continue existindo uma comunidade familiar mesmo que os pais estejam separados, diminuindo a distância e procurando preservar o contato dos pais com os filhos, de modo que acompanhem o crescimento e amadurecimento dos filhos.

Segundo Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 64):

“É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com o filhos, evitando-se a síndrome da alienação parental, auxilia da criação e educação, mantém os vínculos com a família e referencias materna e paterna, o que é benéfico, assumindo ambos, em igualdade, as responsabilidades de cuidados, criação e educação.”

A guarda compartilhada evita os efeitos nocivos do fim da união dos pais, pois com ela os filhos compreendem que a relação parental continua, tendo o amor paterno e materno.

Por sua vez, a guarda unilateral traz vários problemas ao desenvolvimento do menor, visto que afasta o menor de um dos genitores, e em alguns casos, a prole pode até perder a referencia da esta figura. Visto isto, nasce a guarda compartilhada, evitando que este problema ocorra, pois aproxima ambos os genitores do filho menor.

Outra vantagem é o exercício da autoridade, pois ter apenas o direito de visita acaba por diminuir a autoridade com que os pais tratam os filhos em razão da menor convivência e por não fazer parte da tomada de decisões importantes na

vida do filho. E, além disso, temos uma equivalência autoritária, em que o pai e a mãe acabam por exercer com a mesma força a autoridade sobre o filho.

Gera, também, a consistência emocional, que contribui para a formação da personalidade do menor tanto com referenciais masculinos quanto femininos.

Conforme Ana Maria Milano Silva (2008, p. 59):

Por fim, temos o modelo da Guarda Compartilhada, tema central deste trabalho, que permite aos filhos viverem em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma co-participação deles, em igualdade de direitos e deveres. É também uma aproximação da relação materna e paterna, visando ao bem-estar dos filhos. São benefícios grandiosos que nessa nova proposta oferece às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos genitores e evitando ansiedades e desgastes.

Também diz Ana Maria (p.60):

(...) e a guarda compartilhada veio para propiciar a reorganização das relações entre pais e filhos no interior da família desunida, com a finalidade de diminuir os traumas pelo distanciamento de um dos genitores, geralmente o pai.

Insta salientar, que esta modalidade de guarda facilita a solução de problemas relacionados a responsabilidade civil por danos causados pelos menores, uma vez que, os pais responderão pelos danos de forma solidária, evitando, assim, os conflitos que podem surgir quando se tratar de guarda unilateral, pois nesta o responsável é apenas o genitor que detém a guarda.

Vale ressaltar que esta modalidade de guarda também tem como vantagem evitar a Síndrome da Alienação Parental, visto que exercendo o poder familiar conjuntamente, não há como utilizar o menor como vingança contra o outro genitor que não detém a guarda, pois há uma maior convivência entre ambos os genitores e o guardado.

5.7 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Há possibilidade da criança ou adolescente perder o referencial de residência, podendo levar a síndrome da desorganização vital.

Também há problemas quando os genitores não tem maturidade no relacionamento entre eles, causando uma dificuldade do filho de lidar com as situações adversas do cotidiano. No caso da separação ou divórcio, é muito difícil os casos em que haverá uma boa convivência logo após, pois se o casal está se separando é porque há uma impossibilidade de suportarem a situação em que vivem.

Neste sentido, Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 64) defende a possibilidade de “ser extremamente prejudicial à formação dos filhos, com disputas entre os pais, criação e valores diferentes de um e outro e quebras nos referenciais de continuidade”.

Além disto, é possível que haja medida protetiva em favor de um dos genitores, decorrente de ameaças ou agressões físicas praticadas pelo outro genitor, tornando-se, assim, inviável a fixação da guarda compartilhada, pois há uma impossibilidade de contato entre os genitores para que tomem decisões acerca da vida do guardado.

6 DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

As pessoas se unem durante a vida, e desta união deriva o casamento. Ocorre que, com o passar do tempo os interesses começam a divergir e pode culminar na separação. Com o fim do casamento, há várias questões a serem tratadas, uma delas são os filhos.

Ocorreram muitas mudanças na entidade familiar com o passar do tempo, conforme o comportamento da sociedade foi alterando-se. Atualmente, é sabido que são necessários ambos os genitores para a formação sadia dos filhos. Ocorre que, com o fim do relacionamento entre os genitores, pode surgir a Alienação Parental, e boa parte dos casos ocorrem porque um dos genitores não aceita o término do relacionamento e começa a utilizar o filho como meio de vingar-se do outro genitor.

A Alienação Parental não ocorre somente nos casos de separação dos genitores, porém, é o ambiente mais propício para que se desenvolva.

É em um ambiente de discórdia, raiva e vingança que se desenvolve a alienação parental, que, por sua vez, se não é combatida a tempo pode evoluir para a famosa “Síndrome da Alienação Parental”.

Diante de tal realidade, neste capítulo será estudado a Síndrome de Alienação Parental, pois cada vez mais vem ocorrendo à utilização dos filhos como um meio para atingir o outro genitor.

6.1 CONCEITO DE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental existe há muito tempo, principalmente no meio familiar, pois é onde se instala mais facilmente.

Conceitua Richard Gardner em seu artigo “O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)” (2002), traduzido por Rita Rafaeli:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor

(o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Foram com os estudos de Gardner que o tema Síndrome da Alienação Parental começou a ser difundido, despertando a atenção de profissionais de diversas áreas, como o Direito e a Psicologia, bem como de pesquisadores que buscaram aprofundar os estudos sobre o tema.

Para melhor compreensão, conceitua Trindade (2007, p. 102):

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Analia Martins de Sousa (2010, p.99), por sua vez, conceitua a Síndrome da Alienação Parental:

A SAP é mais do que uma lavagem cerebral, pois inclui fatores conscientes e inconscientes que motivariam um genitor a conduzir seu(s) filho(s) ao desenvolvimento dessa síndrome, além, da contribuição ativa desse(s) na difamação do outro responsável.

O art. 2º da Lei nº. 12.318/2010 regulamenta o que se entende por ato de alienação parental, e em seu parágrafo único traz o rol exemplificativo das formas de alienação parental, conforme será exposto mais adiante.

Um ambiente litigioso é propício para que ocorra alienação parental, uma vez que muitos genitores optam por utilizar os menores como instrumentos de vingança para atingir o outro genitor. Uma das atitudes mais comuns é colocar empecilhos para a realização de visitas do genitor não guardião.

Denise Maria Perissini da Silva (2010, p.43), entende que a síndrome da alienação parental tem maior ocorrência onde há litígios familiares que envolvem crianças. Ela conceitua tal conduta como:

Um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e custódia das crianças. A sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança, campanha essa que não tem justificação.

É importante notar que a síndrome é uma forma de abuso emocional contra crianças e adolescentes, porque pode conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica com o genitor, e em muitos casos pode levar até a uma destruição total dessa ligação.

O menor passa a rejeitar o genitor sem uma justificativa verossímil, sendo que o próprio menor alienado passa a afastar-se do outro genitor e a convivência com este passa a ser um sacrifício.

A referida síndrome é o resultado final alcançado pelo alienador, pois o menor, diante da campanha depreciativa inicia, por conta própria, atos de difamar o alienado.

Por esta razão, consequências terríveis resultam desta síndrome, causando prejuízos de ordem emocional e comportamental, como será analisado posteriormente.

6.2 ORIGEM

O termo alienação parental foi utilizado, pelo psiquiatra norte-americano Richard A. Gardner, pela primeira vez em 1985, que com base em sua experiência clínica apresentou o abuso emocional cometido pelo genitor que visa afastar o filho do outro genitor.

Richard Gardner foi professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia (EUA) e foi o primeiro a desenvolver estudos envolvendo a alienação parental.

Referido estudo atingiu estudiosos de diversos países, que tentam compreender o que é SAP, bem como a conduta alienadora, as consequências.

Conforme Analicia Martins de Sousa (2010, p.99), Gardner nos mostrou a seguinte ideia:

No início de 1980, observou que crescia o número de crianças que exibiam rejeição e hostilidade exacerbada por um dos pais, antes querido. Originalmente, Gardner (1991) pensou se tratar de uma manifestação de brainwashing (lavagem cerebral), termo que, segundo o autor, serve para designar que um genitor de forma sistemática e consciente influencia a criança para denegrir o outro responsável (s/p, tradução nossa). Contudo, logo depois, concluiu que não seria simplesmente uma lavagem cerebral, fazendo uso então do termo síndrome da alienação parental (SAP) para designar o fenômeno que se observava.

Observar-se que até mesmo Gardner mostrou-se confuso sobre o que seriam as condutas adquiridas pelas crianças e adolescentes que estavam inseridos em um litígio entre seus pais.

Nos últimos anos a alienação parental, em razão do crescente número de casos, provocou interesse do Poder Judiciário, porém, é preciso atentar que o ato de alienar preexiste a este interesse.

6.3 DIFERENÇA ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental difere da alienação propriamente dita, uma se torna complemento da outra e seus conceitos não se confundem.

Alienação é a conduta de denegrir a visão que o menor tem da outra pessoa que faz parte da relação familiar, desejando afastá-los ao ponto de destruir a relação entre eles. Tal conduta é praticada por aquele que detém, ou não, a guarda do menor, sendo que, predominantemente, o agente alienador é a genitora.

Por sua vez, a Síndrome da Alienação Parental são as próprias sequelas emocionais e comportamentais oriundas da alienação parental, ou seja, são os efeitos patológicos suportados pelo menor a ponto de causar a rejeição ao outro genitor, anulando-o como referência.

A alienação parental, se não impedida e tratada no início de sua manifestação, pode ocasionar a forma mais grave de alienação, que é a Síndrome de Alienação Parental (SAP).

6.4 SUJEITOS

A conduta desenvolvida pela síndrome de alienação parental encontra-se dentro do âmbito familiar, partindo desta premissa iremos analisar os seus sujeitos.

O art. 2º da Lei 12.318/10 permite extrair que podem figurar no polo ativo da alienação, chamado de agente alienador, não somente os genitores, mas também os avós e terceiros que possam influenciar o menor.

Deste modo, tem-se a figura do agente alienador, atuando no polo ativo da alienação parental, que é aquele que tenta afastar o menor de um dos genitores.

Para Denise Maria Perissini da Silva (2009, p. 54):

[...] a SAP pode ser instaurada também pelo genitor não guardião, que manipula afetivamente a criança nos momentos das visitas, para influenciá-las a pedir para irem morar com ele – dando, portanto, o subsídio para que o alienador requeira a reversão judicial da guarda.

Normalmente, o agente alienador é o detentor da guarda da criança ou adolescente, porém, não está restrito aos guardiões, há casos em que o genitor não guardião ou terceiros praticam atos que podem causar a síndrome da alienação parental.

A criança ou adolescente é chamada de alienada, sendo a vítima da alienação parental. Da mesma forma, o genitor ou terceiro que é o alvo de boicote também é considerado uma vítima.

Vale ressaltar que mesmo que o sujeito alienado possa ser qualquer pessoa que integre o círculo de convivência do menor, é mais comum que seja um dos genitores.

A sociedade também será afetada pela SAP, uma vez que a criança, não crescendo em ambiente saudável, trará consequências para o adulto que está em formação, afetando a sua relação com a sociedade. Bem como os familiares, pois sofrem vendo a situação em que se encontra a criança.

6.5 SINTOMAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Os sujeitos envolvidos manifestam alguns sintomas semelhantes, que merecem atenção, visto que se houver uma atuação rápida aumentam-se as chances de impedir tal fenômeno, diminuindo, assim, as suas conseqüências.

Como já visto na definição de síndrome, é mais de um sintoma ou sinais que juntos levam a uma conduta de repulsa em relação ao genitor alienado.

Os estudos de Richard Gardner também contribuíram para relacionar os sintomas desenvolvidos pelos menores vítimas da síndrome de alienação parental. No artigo já citado, o autor elenca quais são os sintomas que as crianças apresentam com tal síndrome, quais sejam:

A SAP é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, especialmente nos tipos moderado e severo. Esses incluem:

1. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do "pensador independente".
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações 'encomendadas'.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado.

A criança ou adolescente torna-se agressivo com o alienado, bem como manifesta medo na presença deste.

Nos graus mais leves da SAP, o menor pode não apresentar todos os sintomas. Portanto, podemos dizer que quanto mais grave o grau da Síndrome, mais sintomas a criança ou adolescente irá apresentar.

É importante que seja identificada o quanto antes, visto que, quanto mais rápido houver uma intervenção psicológica e jurídica, menores serão os prejuízos causados para todos.

6.6 COMPORTAMENTOS DO AGENTE ALIENADOR

Como já visto anteriormente, a alienação parental são condutas realizadas por um dos genitores ou por terceiros que detenham a guarda ou tenham autoridade sobre a menor, com a finalidade de afastá-la do convívio com o outro genitor ou com qualquer outro familiar com o qual tenha relação.

Como comportamento mais comum tem-se o impedimento ao livre exercício do poder familiar pelo genitor alienado, de forma que se negue o direito de convívio.

O agente alienador impõe obstáculos ao regular o exercício do direito de visita, apresentando impedimentos para dificultar o poder parental do genitor alienado. São atos alienadores iniciais e que se demonstram pelas visitas interceptadas.

Para que consiga o afastamento do menor do outro genitor, cria várias situações com o intuito de dificultar ou a impedir a visitação, quer levar o filho a rejeitar o outro genitor.

É necessário que o agente alienador faça uso de algumas manobras durante o processo de alienação, pois a Síndrome da Alienação Parental não se instala do dia para a noite.

O próprio artigo 2º, parágrafo único, da Lei 12.318/10 elenca, de forma exemplificativa, o que se considera ato de alienação parental:

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

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

Trata-se de um rol exemplificativo, não excluindo outras condutas que possam ser constatadas pelo magistrado no caso concreto. Portanto, percebe-se que se trata de condutas que tenham por objetivo o afastamento da criança ou adolescente do convívio com o alienado.

Denise Maria Perissini da Silva (2010, p.55), por sua vez, elenca os seguintes comportamentos:

- a) Recusar passar as chamadas telefônicas aos filhos;
- b) Organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas;
- c) Apresentar o novo cônjuge aos filhos, como sua nova mãe ou seu novo pai;
- d) Interceptar as cartas e os pacotes enviados aos filhos;
- e) Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
- f) Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos.
- g) Esquecer de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos);
- h) Envolver pessoas próximas na “lavagem cerebral” dos filhos;
- i) Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor;
- j) Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos;
- k) Sair de férias sem os filhos, deixando-os com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos;
- l) Proibir os filhos de usar a roupa e outras ofertas do genitor;
- m) Ameaças punir os filhos se eles telefonarem, escreverem ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira;
- n) Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos;

- o) Ameaças frequentemente com a mudança de residência para um local longínquo, para o estrangeiro, por exemplo;
- p) Telefonar frequentemente para os filhos durante as visitas do outro genitor.

O agente alienador pode praticar chantagem emocional com o menor quando o obriga a escolher entre um dos genitores. Esta conduta é uma tortura psíquica a criança ou adolescente, pois será forçado a escolher a presença de apenas um dos genitores.

Estes são apenas alguns dos muitos comportamentos da alienação parental, que realizados de maneira reiterada e por um período razoável de tempo, levam a síndrome da alienação parental.

Não se pode rotular como alienação parental toda animosidade da criança ou do adolescente em relação a um dos genitores, pois há casos em que o menor tem uma justificativa para esta animosidade, tal como negligência e abuso por parte de um dos pais.

Conforme Maria Antonieta Pisano Motta (2011, p. 107):

A diferença entre uma criança alienada e aquela com dificuldade de relacionamento com um dos genitores é que a segunda, quando capaz de expressar-se, revela desejar obter relacionamento positivo com o genitor com o qual tem dificuldades e é também capaz de articular boas razões para ter buscado diminuir o contato com aquele genitor.

Portanto, quando o próprio menor se afasta do genitor por fatos reais, como dificuldade no relacionamento, não pode ser considerada alienação parental, visto que não há um agente alienador implantando fantasias contra o genitor.

6.7 GRAUS E FASES DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental não se instala imediatamente em meio a um litígio familiar, mas sim em fases que são encaradas pelos menores alienados, sendo que a SAP se instala depois de passadas três fases, quais sejam: grau leve, médio e grave.

Em seu grau leve, tem manifestações superficiais por parte do menor. Nesta fase ainda não há a implantação da síndrome, mas apenas o início dos atos

de alienação parental, na qual o alienador procura introduzir no menor informações negativas em relação ao alienado, passando o filho a ter desconfiança do alienado. Ocorre que, ainda, não é suficiente para afastar o menor da convivência com o outro genitor ou familiar, pois há visitas sem qualquer problema.

Já em grau moderado, a criança ou adolescente demonstra-se contrário às decisões do alienado e não quer ver o outro genitor, contudo se mostra à vontade quando há o afastamento do agente alienador. Aqui a criança ou adolescente deixa explícita a vontade de se afastar do alienado.

Apesar de haver uma rejeição, ainda encontra-se no grau nível moderado, pois ainda mantém contato com o pai alienado. Contudo, caminham em direção ao grau grave de alienação, sendo assim, deve existir a intervenção do judiciário para evitar piores consequências ao menor, como a inversão da guarda em favor do alienado.

Resume Denise Maria Perissini da Silva (2.010, p. 76):

Em grau leve, a criança começa a receber as mensagens e manobras do alienador para prejudicar a imagem do outro genitor, mas ela ainda gosta do pai, quer ter contato com ele, vai com ele nas visitas. No grau médio, a criança começa a sentir contradição (ambigüidade) de sentimentos: ama o outro pai (alienado), mas sente que precisa evitá-lo para não desagradar o alienador. Existem conflitos, depressão, sensação de não conseguir identificar o que realmente sente.

Já em seu grau severo, o menor vítima da síndrome acredita nas mentiras e invenções a respeito do genitor alienado, passa a acreditar em algo que não é real, criado pelo alienador, isto é chamado implementação de memórias falsas. Da mesma forma o menor demonstra a repulsa e passa a não aceitar a proximidade com o alienado

Sobre este grau, leciona Denise Maria Perissini da Silva (2.010, p. 77):

No nível grave, essa ambigüidade de sentimentos desaparece: a criança exclui e rejeita completamente o outro genitor, passando a odiá-lo, já está completamente envolvida no vínculo de dependência exclusiva, que impede a autonomia e a independência (também chamada simbiose) do alienador, repete mecanicamente seus discursos, exprime emoções não autênticas, aprende a manipular as informações, assimila os interesses e objetivos do alienador.

Neste grau, pode-se falar realmente que a Síndrome de Alienação Parental está instaurada, pois criança/adolescente passa a rejeitar o alienado, aproximando-se completamente com o alienador.

Tratando-se deste grau de alienação, é inviável a mudança da guarda do filho em favor do alienado, pois implica em prejuízos ao menor, visto que o repudia. Contudo, se o menor for mantido sob a guarda do alienador, a possibilidade de reaproximação com o alienado praticamente deixará de existir.

Nesta senda, é recomendável que haja um programa de transição, no qual a criança ou adolescente será inserido no ambiente do genitor alienado de maneira progressiva para que recupere a relação afetiva anteriormente existente.

Da mesma forma, o contato com o alienador deve ser reduzido. Somente os magistrados podem determinar a redução, pois nestes casos é necessário que haja a intervenção do judiciário para combater essa forma de agressão ao menor.

Também é urgente que os magistrados determinem acompanhamento psicológico às famílias vítimas da Síndrome da Alienação Parental.

A SAP também é chamada de implantação de falsas memórias, pois o alienador pode utilizar o filho para inventar fatos negativos sobre o genitor alienado, e isto causa prejuízos tanto na vida do menor quanto do genitor alienado.

Precisamente Maria Berenice Dias (2011, p.455/456), afirma sobre a alienação parental:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma "lavagem cerebral" feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

Portanto, a alienação também pode ocorrer por meio de implantação de falsas memórias, que pode levar ao rompimento do vínculo afetivo entre o genitor alienado e o filho, pois o agente alienador faz a criança ou adolescente acreditar que a presença do genitor alienado representa perigo.

Corroborando deste entendimento Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 66):

A implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do guardião descontinuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos.

Neste contexto, surge a prática das falsas denúncias de abuso sexual e maus-tratos contra o menor. Tais denúncias falsas são uma forma de abuso psicológico, pois as crianças seriam influenciadas por mentiras

Em suma, nos dois primeiros graus há o início da Síndrome, visto que não há uma consequência grave para a convivência entre o menor e o genitor alienado. É no grau grave que a SAP se concretiza, aqui o menor irá apresentar os sintomas da alienação.

Assim, logo que comprovado indícios da ocorrência de alienação parental, mesmo que não haja instalação da síndrome, faz-se necessário que haja, o mais rápido possível, uma intervenção para que este processo seja interrompido e seus possíveis danos, como o rompimento da relação anteriormente existente entre o menor e o genitor alienado. Caso não haja intervenção, referida síndrome pode causar até mesmo falsas acusações de abuso sexual.

6.8 CONSEQUÊNCIAS

A capacidade da criança e do adolescente de se defender é limitada, tornando-os mais facilmente manipuláveis, sendo que o que ocorre durante a infância pode influenciar no desenvolvimento da criança. .

Destarte, os efeitos da alienação no menor podem influenciar em sua formação, e ele pode até mesmo repetir essas práticas com seus próprios filhos posteriormente.

As consequências à criança ou adolescente e ao agente alienado se perfazem quando se instaura a SAP efetivamente, não apenas com a prática de atos da alienação parental.

Nos casos em que há alienação parental as consequências afetam aqueles agentes que são alienados, bem como a sociedade, visto que, os menores envolvidos são prejudicados em seu desenvolvimento familiar e social.

A Síndrome da Alienação Parental é silenciosa e causa efeitos e consequências negativas para a criança ou adolescente que sofre de tal síndrome, provocando uma série de anormalidades no desenvolvimento psicológico da criança ou adolescente.

A primeira consequência da SAP é o afastamento afetivo entre o menor e o genitor alienado, visto que aquele passa a não querer contato com este, pois acaba tendo como verdadeiras as informações passadas pelo agente alienado, o que privará o menor de um desenvolvimento sadio e pelo no seio familiar.

Outra consequência, talvez a mais grave, é que no futuro, se o menor descobre que foi enganado pelo alienador e decide buscar o vínculo perdido com o genitor alienado pode ser que a reaproximação familiar se torne difícil de ocorrer.

Ocorre que quando o menor se torna adulto, ao descobrir a mentira em que foi envolvido, passa a sentir-se culpado pelas atitudes que teve para com o genitor alienado, bem como pelo afastamento. Ainda, pode ser que passe a odiar o agente alienador. Este sentimento de culpa ocorre porque o alienado se sente cúmplice dos atos do genitor alienador e vê que cometeu uma injustiça com outro genitor, destruindo a relação entre eles.

Os efeitos da SAP podem perdurar até a fase adulta, pois os menores que sofrem a alienação podem desenvolver desvios comportamentais na fase adulta, como por exemplo, baixa autoestima, depressão, comportamento agressivo, dupla personalidade, isolamento, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, sentimento incontrolável de culpa, muitas vezes o suicídio, entre outros.

Neste sentido leciona Evandro Luiz Silva e Mário Resende (2008, p. 28):

Estas crianças possivelmente estabelecerão relações marcadas por essa vivência da infância, apreendendo a manipular situações, desenvolvendo um egocentrismo, uma dificuldade de relacionamento e uma grande incapacidade de adaptação. Tiveram destruída a ligação emocional com o progenitor ausente, atualizando estas dificuldades nas relações futuras

Na Síndrome da Alienação Parental a criança é a que mais perde, pois não tem o direito a um desenvolvimento pleno e saudável, visto que foi impedida de ter uma convivência familiar.

As consequências não atingem somente a vítima da síndrome, mas também o genitor alienado, pois perde o direito de relacionar-se com o filho, visto que é privado de exercer seus direitos paternos/maternos. Sendo as consequências ao alienado as mesmas que nos menores, como a depressão, baixa autoestima, culpa.

Nos casos em que a SAP é descoberta muito tempo depois, torna-se muito difícil a reaproximação entre o menor e o alienado, há uma diminuição drástica da relação afetiva e o genitor alienado exerce menos efetivamente o pátrio poder.

Da mesma forma o agente alienador também sofre consequências, uma vez diagnosticada a SAP, este responderá pela prática de alienação parental podendo ocasionar, em alguns casos, a perda da guarda, salvaguardando o princípio do melhor interesse da criança.

Quando o filho descobre toda a mentira, se afasta dele, passando o alienador a ocupar a posição do alienado, ou seja, recebe toda a hostilidade e desprezo.

Portanto, o quanto antes cessarem esses abusos, menos traumas surgirão aos envolvidos nessa problemática. Há muitos mecanismos jurídicos que buscam coibir esses atos, porém, tão importante quanto o combate à essa síndrome, é a prevenção para que não haja a instalação da SAP.

Como visto, ninguém é beneficiado com essa conduta, visto que, o menor vítima da alienação parental, cresce insegura com si mesma e com a

sociedade, de forma que não conseguirão encarar na fase adulta. Bem como o genitor alienado tem seu direito ao exercício familiar limitado.

6.9 ANÁLISE DA LEI 12.318/10 – LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A proteção dos menores frente à alienação parental está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente, visto que os menores vítimas da alienação encontram-se em desenvolvimento e ainda não possuem capacidade para responderem por si mesmos, por tal motivo, devem ter sua dignidade e interesses respeitados e protegidos

A Lei 12.318/10, junto com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, confere a família mais proteção do Estado, com previsão da Síndrome da Alienação Parental (SAP) como crime, passando a ser uma das mais recentes conquistas, ligada à garantia da convivência familiar e direitos da criança e do adolescente.

Crianças e adolescentes não são apenas objeto de direitos de seus genitores, mas são pessoas em desenvolvimento e tem direito à educação, à saúde, ao lazer, à convivência familiar, e toda assistência que for necessária para sua formação.

A Lei n.º 12.318 foi aprovada em 26 de agosto de 2010, que teve origem no Projeto de Lei n.º 4.053/2008, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, foi então que essa Síndrome passou a receber a devida atenção, vindo para auxiliar o Judiciário a identificá-la com maior facilidade, e então poder aplica os mecanismos capazes de impedi-la.

O artigo 1.638, inciso III do Código Civil era o único dispositivo que permitia a proteção do menor frente aos seus genitores. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, deixou lacunas ao tratar da alienação parental, visto que não apresentava seu conceito e muito menos punições para o agente alienador.

Neste contexto, advém a Lei 12.318/10, que consolidou a proteção à criança e ao adolescente trazido no Estatuto da Criança do Adolescente no tocante a alienação parental, entrando em vigor na data de sua publicação.

O artigo 2º apresenta o conceito de alienação parental, bem como quem pode figurar no polo ativo. E em seu parágrafo único exemplifica as condutas que são consideradas como tal.

A alienação ocorre, na maioria das vezes, por atos provenientes de um dos genitores, porém, nada obsta que outras pessoas estejam no polo ativo.

No tocante ao polo passivo, a lei dá a entender que apenas os genitores são vítimas da alienação com o filho, mas outros familiares que convivam com o menor também podem ser vítimas, como os avós.

O parágrafo único do art. 2º apresenta algumas formas exemplificativas de alienação parental:

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

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

Este rol não é taxativo, então outros atos também podem constituir formas de alienação parental. Para determinar se há alienação o magistrado pode fazer uso de estudo multidisciplinar, feito por psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras.

É importante que se constatando indícios de alienação parental, deve-se imediatamente tomar medidas para que se iniba tal ato, pois, caso não haja interferência, pode desencadear a Síndrome da Alienação Parental.

Como se pode observar, os atos de alienação tem o mesmo objetivo, que é de afastar a criança do convívio com o outro pai.

Por sua vez, o artigo 3º reforça o que já era previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o direito do menor de se desenvolver em um ambiente familiar saudável, bem como não pode ser privada do convívio familiar e com a sociedade:

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

O artigo 227 da Constituição Federal também preconiza ser dever da família garantir ao menor, entre outros direitos, a convivência familiar e comunitária.

Aos genitores é concedido o poder familiar, mas em casos de alienação parental, ocorre o descumprimento desse dever, porque os atos praticados pelo alienador tem como interesse ele próprio, não importando as consequências negativa para os filhos, pois caso tivessem essa consciência, jamais incidiriam em tais atos.

O art. 4º da referida lei, elenca, que, quando houver indícios de alienação parental, poderá ser discutida a qualquer momento de forma incidental ou autônoma, sendo definida de forma a atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ainda, estabelece a necessidade do magistrado adotar medidas cautelares necessárias para a preservação dos interesses da criança e do adolescente. Neste sentido, existe prioridade de tramitação do feito que envolvem suspeitas de alienação parental.

Com indícios de que há alienação parental, haverá uma intervenção imediata, para que se evite que a síndrome se instale ou diminua as suas consequências.

A lei exige apenas indícios, não precisa prova inequívoca da prática de alienação para que o Órgão Judiciário tome as medidas cabíveis, isto porque o objetivo é resguardar a integridade física e psíquica do menor.

Caso a lei exigisse tal prova para a intervenção estatal a alienação poderia tornar-se irreversível, com efeitos devastadores para a formação da criança ou adolescente.

Porém, são medidas provisórias, pois não existe um juízo de certeza em relação à alienação parental. Portanto, não se pode tomar medidas extremas, de modo que o magistrado deve aplicar medidas suficientes para reprimir a alienação, respeitando os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Insta salientar que o juiz deve se atenta ao fato de que a alegação de alienação parental pode não ser verdadeira.

O seu parágrafo único prevê que ainda será resguardado o direito de visitas, ou seja, as referidas medidas provisórias não podem restringir o direito de visitação assistida ao alienador, salvo quando for comprovado que as visitas causarão prejuízos à integridade física ou psicológica do menor alienado.

O art. 4 da referida lei também prevê a prioridade na tramitação do feito em casos em que há indícios de Alienação Parental, sendo, assim, garantida a integridade psicológica do menor.

A ação pode se iniciar de ofício ou a requerimento da parte interessada, que é o genitor prejudicado pela conduta alienadora do guardião do menor. Ainda, pode ser que a alienação ocorra no decorrer de um processo que está em andamento ou pode ser tratada em processo autônomo quando não há nenhum processo em trâmite, ambos terão tramitação prioritária.

Já o art. 5 traz que cabe ao juiz determinar a realização da perícia com a finalidade de preservar a integridade psicológica da criança ou adolescente frente ao agente alienador. Os seus parágrafos 1º, 2º e 3º apresentam como será procedida à perícia:

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.

A partir de quando são identificados os atos de alienação, cabe ao Judiciário tomar as devidas providências, sendo que estas deverão contar com o trabalho de assistentes sociais e psicólogos, com a finalidade de evitar afete mais ainda a criança e se gere a síndrome.

Em suma, se o alienado sentir-se prejudicado pela conduta do genitor alienador, pois está sendo afastado do convívio com o filho menor, poderá propor a ação e, é necessário que o magistrado requisiue perícia psicológica e biopsicossocial, pois é a forma de verificar se trata-se realmente de alienação parental.

Apesar da Lei levar a ideia de que o magistrado apenas determinará a perícia psicológica ou biopsicossocial se for necessário, é adequado que seja realizada invariavelmente quando houver indícios de alienação, para que seja investigada se realmente consiste em ato de alienação.

O referido dispositivo também dispõe sobre os atos a serem realizados pelos peritos. A perícia não pode ser realizada por um profissional qualquer, pois apenas profissional ou equipe multidisciplinar habilitado poderá realizá-la

Dispõe o art. 6º que se for demonstrada a prática de atos de alienação parental, há vários instrumentos processuais que poderão ser usados pelo Judiciário com a finalidade de inibir os seus efeitos para o menor e o alienado, conforme o caso concreto:

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.

Insta salientar que trata-se de um rol exemplificativo, podendo o juiz aplicar outras medidas que entender cabíveis. O magistrado também irá observar a gravidade do ato praticado, e diante disto, poderá aplicar cumulativamente ou não as penalidades. Bem como, poderá se utilizar dos instrumentos processuais necessários para diminuir ou inibir as consequências que a alienação parental causa ao menor.

Quando o alienador persiste em praticar condutas da alienação parental, o juiz poderá determinar a perda da guarda do menor, e, excepcionalmente, poderá destituir o poder familiar por não cumprir o princípio do melhor interesse e também por não permitir que o menor tenha convivência com o genitor alienado.

Todas as medidas tomadas pelo poder Judiciário visam o melhor interesse da criança e do adolescente.

Como primeira providência, o juiz pode somente advertir o alienador sobre possíveis medidas a serem tomadas, casos a alienação continue. Porém, a aplicação de tal medida é indicada nos casos em que a conduta de alienação ainda não causa o afastamento da criança e do pai alienado. Caso contrário, nos casos em que o menor repudia o alienado, não há a utilização de mera advertência.

Após tomar ciência do fato, o Poder Judiciário não pode se manter inerte, em razão do princípio da proteção integral, e por isso, acaba por suspender a visita do alienador, até que o esclarecimento de todo o fato.

Já em relação ao inciso II, que prevê a ampliação do regime de convivência familiar entre o menor e o alienado, é indicado a sua aplicação nos casos em que o menor demonstra medo na presença do alienado em razão da alienação, isto porque tem a finalidade de reaproximar ambos.

O inciso III, por sua vez, traz a hipótese de aplicação de pena pecuniária ao alienador.

Dispõe o inciso IV que o alienador seja submetido a acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, quando há constatação de conduta de alienação, tendo como finalidade a readequação do agente alienador, de modo que possa ter uma relação segura com o menor e com o alienado.

Por seu turno, o inciso V prevê a inversão da guarda unilateral para a guarda compartilhada, ou, na inviabilidade desta, a alteração da guarda unilateral.

A guarda compartilhada tem a finalidade de reaproximar o filho do genitor alienado, de forma que permita ao menor a convivência simultânea com os genitores. Tal forma de guarda é uma alternativa para os casos em que o genitor não guardião é excluído da vida dos filhos por atos praticados pelo detentor da guarda.

Por sua vez, a guarda unilateral é utilizada nos casos de alienação quando o convívio com o alienador é prejudicial ao menor, devendo então ser decretada sua inversão.

Deve o magistrado ter uma preocupação especial quando for aplicar esta medida, pois deve ser uma punição para o alienador e não para a criança ou adolescente. Também é importante que seja realizado acompanhamento psicológico do menor, para que o ajude na adaptação em razão das mudanças ocorridas.

O inciso VI apresenta a hipótese em que o guardião muda de endereço com o menor, com a finalidade de dificultar a convivência do menor com o alienado. Neste caso o alienador pode ser punido com a mudança cautelar do domicílio do menor alienado.

Ainda, quando houver um caso grave de alienação, não resta ao juiz melhor opção do que a suspensão das visitas e determinar que sejam realizados estudos sociais e psicológicos a fim de se comprovar a ocorrência da alienação.

A suspensão repentina das visitas pode causar sequelas ao menor, da mesma forma que as entrevistas e testes realizados com a vítima causa

constrangimentos a este. Também causa constrangimento as visitas estabelecidas de forma monitorada, ou seja, sempre na presença de terceiros.

Por fim, o inciso VII impõe a perda do poder familiar nos casos em que o guardião pratique algum ato contrário as suas obrigações previstas no ordenamento jurídico, principalmente o disposto no art. 1.638 do Código Civil.

Insta salientar que não é uma faculdade do magistrado aplicar a perda do poder familiar, mas sim uma imposição legal.

Qualquer dos genitores está sujeito à perda do poder familiar, pois é exercido por ambos, mesmo quando separados. Compreende-se que a destituição do poder familiar prevista no referido inciso, teria como fundamento o disposto nos incisos III e IV, do artigo 1.638, do Código Civil, que tratam da prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, e reincidência reiterada destes atos.

O art. 7º prestigia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao prever que a guarda deverá ser atribuída em prol daquele que possua melhores condições psicológicas para seu desenvolvimento, importante que seja para o genitor que permita uma boa convivência entre o menor e outro genitor, protegendo desta forma os interesses do menor. Isto em hipóteses que seja inviável a fixação da guarda compartilhada.

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.

Este artigo pode ser considerado como uma punição para os casos em há a prática de alienação parental, visto que se busca o melhor para os interesses da criança e do adolescente, o magistrado irá retirar a guarda do genitor alienador e passará para o genitor alienado.

A fixação da guarda dos menores trata-se de uma relação jurídica que perdura no tempo, e, por isto, é continuativa. Destarte, pode ser modificada se houver alteração dos fatos, como por exemplo, se ocorrer atos de alienação parental.

Se a alienação parental der causa a alteração da guarda, e sendo a modalidade compartilhada inviável por vários motivos, como a influência negativa de um dos guardiões sobre o menor, esta será conferida ao genitor que detenha

melhores condições para a criação do filho menor, visto que viabiliza a convivência do filho com os outros membros da família. A mudança da guarda ocorre porque o guardião que pratica alienação parental não se mostra capaz o suficiente para cumprir o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, que prevê que estes tem direito a desenvolver-se em ambiente saudável.

O art. 8º, por seu turno, determina que caso o guardião altere o endereço junto com o menor, continuará sendo competente o foro de sua última residência, a não ser que haja um consenso dos genitores ou decisão judicial referente a isto.

Os artigos 9º e 10 foram vetados pelo então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva.

A lei 12.318 é a única lei no ordenamento jurídico brasileiro que se refere à alienação parental. Este tema demonstra-se cada dia mais importante, pois a sociedade sofre mudanças constantemente.

Portanto, pode-se perceber que a finalidade primordial da lei é resguardar e proteger os direitos e interesses da criança e do adolescente, sendo a única e principal lei que regulamenta o assunto tratado neste capítulo, que é de enorme importância atualmente, pois influência na formação familiar, afetando, também, o meio jurídico.

7 CONCLUSÕES

Os filhos estão sob o poder familiar exercido por ambos os genitores quando estes estão unidos, ocorre que, com o fim sociedade conjugal e afetiva, é necessário fixar a guarda dos filhos, de forma que será fixada em prol do genitor que detiver as melhores condições.

A guarda unilateral ocorre quando a guarda é fixada em favor de apenas um dos pais, de forma que o menor reside com somente um genitor, e é atribuído o direito de visita ao outro. Existe também a guarda alternada, que ocorre quando a guarda é fixada em relação a ambos os pais, alternadamente, de forma que o filho permanece, durante determinados períodos, sob a guarda de um genitor e em outro sob a guarda do outro genitor.

Há varias criticas acerca destas duas modalidades de guarda, e por esta razão o judiciário brasileiro deu preferência para a guarda compartilhada, visto que esta modalidade é a que melhor cumpre o princípio da proteção integral da criança e adolescente, de forma que o exercício da guarda e dos direitos e deveres em relação aos filhos são simultâneos entre os genitores, garantindo um melhor convívio entre ascendente e descendente.

Com a Lei 11.698/08 é introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada, posteriormente alterada pela Lei nº 13.058/14, ambas visam garantir a proteção integral da criança e o direito do menor ao convívio saudável, sendo a modalidade de guarda que melhor atende aos direitos fundamentais dos menores.

Com a lei 13.058/14, a guarda compartilhada passa a ser tratada como regra nos tribunais. A lei também prevê que a guarda compartilhada deva ser aplicada pelo Judiciário, como forma de se evitar a Alienação Parental e a instalação da Síndrome

A guarda compartilhada também objetiva inibir a síndrome da alienação parental, em que, na maioria das vezes, o pai guardião, utiliza-se de artifícios para afastar o filho do outro genitor. As mentiras são repetidas ao filho, de modo que este passa a aceitar aquilo como verdade, isto ocorre porque o alienador tem grande influência sobre o filho, visto que há um maior convívio entre ele e o menor, e por este trata-se de uma pessoa vulnerável.

O presente estudo também tratou da Lei nº 12.318/10, sendo uma lei de grande importância, pois regulamenta a Alienação Parental, trazendo sanções ao agente alienador, bem como, traz uma segurança jurídica às famílias. Bem como, foram demonstradas as consequências negativas causadas pela alienação parental, de forma que, esta, pode atingir status de síndrome, em seu grau mais grave, tendo como consequência principal o afastamento da criança ou adolescente do alienado.

A criança e adolescente tem o direito constitucional à convivência familiar. Destarte, a alienação não é um ato atentatório a um direito do genitor alienado, mas um ato atentatório ao direito do próprio menor, afetando-o de maneira negativa.

O dever de proteção integral da criança e do adolescente é garantida pela Constituição Federal, com fundamento nos direitos fundamentais, que deve ser realizado pelo Estado, pelos pais e pela sociedade. Neste viés, o atual Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, também prevê que cabe a todos assegurar os direitos próprios da criança e do adolescente, afastando a Alienação Parental.

A convivência familiar é de indiscutível importância para desenvolvimento da criança e do adolescente, visto que é com esta convivência que o menor irá formar a sua estrutura social, emocional e psíquica.

Na guarda compartilhada as responsabilidades são divididas entre os genitores, o que pode levar a diminuição dos conflitos. Também permite o desenvolvimento do menor com menos traumas, visto que há uma continuidade dos laços afetivos paternos e maternos.

Neste contexto, a guarda compartilhada demonstra ser a mais adequada para inibir a síndrome da alienação parental, visto que trata-se da modalidade que melhor garante os direitos e princípios próprios da criança e adolescente, pois permite um convívio saudável entre pais e filhos, e um bom relacionamento entre eles, de forma que seja garantido que o menor não sofra os problemas emocionais que podem surgir nas outras modalidades de guarda.

E, também, ambos os genitores se fazem mais presentes na vida do menor, dificultando a instalação da síndrome, pois os pais estão com os filhos com mais frequência, e não somente durante as visitas determinadas pelo judiciário.

Portanto, o presente trabalho teve como pretensão a demonstração de que a guarda compartilhada pode prevenir ou até mesmo evitar a Síndrome da Alienação Parental, salvaguardando a criança ou adolescente dos atos do agente alienador, visto que esta modalidade de guarda é a que melhor resguarda os interesses do menor e garante a continuidade do vínculo afetivo entre filho e genitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7ª edição. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 1997.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da..**Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

CURY; Garrido; Marçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3ª Edição. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 3ª Edição., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. In: Direito Civil Brasileiro, v. 5.7.ed. São Paulo, Saraiva, 1993.

DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

<<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/29166/direitos-humanos-e-fundamentais-e-o-codigo-mello-mattos-de-1927#ixzz44o6Dlz1r>>. Acesso em 03 de abril de 2016.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda compartilhada**: lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Campinas: LZN, 2008.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**: conforme o estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada** : um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2008.

MARTINS, Anísio Garcia. **Direito do Menor**. São Paulo: Leud, 1988.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: uma solução possível**. Revista Literária de Direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, n.9,1996.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da.. **Curso de direito civil**, 2: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012;

MUJALLI, Walter Brasil. **Ação de alimentos**: doutrina e prática processual com lei 11.804/08, alimentos gravídicos (pensão alimentícia para mulher grávida), ação de execução de alimentos, inclui guarda compartilhada. 2. ed. Leme, SP: Imperium, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2010..

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**: com as alterações promovidas pela lei n. 11.180, de 23 de setembro de 2005, que ampliou o limite de idade nos contratos de aprendizagem para 24 anos. São Paulo: LTr, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed., 9.reimpr. São Paulo: Saraiva, 2010.

Rodrigues, Sílvio. **Direito de Família**. In: Direito Civil, v.6. São Paulo: Saraiva, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SZNICK, Valdir. **Adoção: direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: LEUD, 1999

SÊDA, Edson. **A proteção integral: um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente na América Latina**. 4. ed. ampl. Campinas: ADÊS, 1996. 205 p.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental. O que é isso?** 1 ed.; Campinas: Armazém do Ipê, 2010.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2008

SOUSA, Analicia Martins. **Síndrome da alienação parental: Um novo tema nos juízos de família**. 1 ed.; São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Evandro Luiz e RESENDE, Mário. **SAP: A exclusão de um terceiro**. In: PAULINO, Analdino Rodrigues (Org.). Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião. Aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. 1 ed.; Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

Sul, Tribunal do Rio Grande. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/257257790/apelacao-civel-ac-70066453358-rs>>. Acessado em 27 de set. de 201.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental**: realidades que justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito da Família**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** . Publicado em 2002. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 10 de out. 2016.