

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO CERRADO

PATROCÍNIO

Graduação em Direito

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA
A ALIENAÇÃO PARENTAL**

Aline dos Reis Silva Leal.

PATROCÍNIO/MG

2017

ALINE DOS REIS SILVA LEAL

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA
A ALIENAÇÃO PARENTAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para aprovação na graduação em Direito pelo Centro Universitário do Cerrado Patrocínio.

Orientadora: Prof.^a Ma. Izabel Rosa Moreira.

PATROCÍNIO/MG

2017



Centro Universitário do Cerrado Patrocínio

Curso de Graduação em Direito

Trabalho de conclusão de curso intitulado "*A guarda compartilhada como possível solução para a Alienação Parental*" de autoria da graduanda Aline dos Reis Silva Leal, aprovado pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof.ª Ma. Izabel Rosa Moreira - Orientadora
Instituição: UNICERP

Prof. Esp. Luciano dos Reis Guimarães
Instituição: UNICERP

Prof. Esp. Kelly Isabel Rezende Peres Bernardes
Instituição: UNICERP

Data da aprovação: 13/12/2017.

Patrocínio, 13 de dezembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada. A minha mãe, Célia, meu pai, Edmar e minha irmã, Leticia, que estiveram sempre presentes me apoiando e me dando forças para que eu continuasse na luta durante essa etapa da minha vida, sempre me sentindo seguro para continuar.

Agradeço também aos meus amigos, em especial o Nicholas e a Nicolle pela convivência e amparo no dia a dia.

Agradeço a minha professora e orientadora Izabel Rosa Moreira por seus ensinamentos e pela paciência que teve para que eu pudesse concluir este trabalho bem como aos demais professores pelos ensinamentos adquiridos.

“A guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, conservando-se os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas, não prevalecendo contra eles à desunião dos pais, pois mesmo decomposta, a família continua biparental”.
Grisard Filho

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso vem abordar a temática da Alienação Parental. Trata-se de um problema tão recorrente em nossa sociedade que o legislador achou por bem editar uma norma especial que regulamenta a matéria. A pesquisa foi pautada no método dedutivo e desenvolvida por meio da pesquisa bibliográfica de natureza exploratória que utilizou fontes diversas, tais como a doutrina, artigos e jurisprudências. No primeiro momento fez-se um breve comentário acerca da evolução da ideia de família, descrevendo como ela tem se organizado durante o passar do tempo e como a legislação brasileira trata do assunto atualmente. Posteriormente definiu-se o que vem a ser a Alienação Parental, bem como apresentou-se a legislação específica que aborda o tema. Finalmente cuidou-se do instituto da guarda no direito brasileiro, demonstrando qual o papel que ela desempenha na vida dos filhos de casais separados. Concluiu-se, enfim, que a guarda compartilhada é uma solução bastante adequada para tratar os casos de Alienação Parental, bem como para diminuir a sua ocorrência e mitigar os efeitos danosos da Síndrome da Alienação Parental causada por tal comportamento.

Palavras-chave: Alienação Parental. Guarda Compartilhada. Direito de Família

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – DA FAMÍLIA.....	9
1.1 Evolução histórica da noção de família.....	9
1.2 Evolução legislativa da família.....	14
CAPÍTULO 2 – DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	16
2.1 Considerações preliminares acerca da Alienação Parental.....	16
2.2 Aspectos jurídicos da Alienação Parental.....	17
2.2.1 A Alienação Parental sob a ótica da Constituição.....	17
2.2.2 A Alienação Parental sob a ótica do ECA.....	19
2.2.3 A Lei 12.318/10.....	21
2.3 Aspectos psíquicos da Alienação Parental.....	23
CAPÍTULO III – A GUARDA COMPARTILHADA COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL.....	27
3.1 Considerações preliminares acerca do Poder Familiar.....	27
3.2 Noções gerais acerca da Guarda.....	31
3.3 Da guarda compartilhada.....	33
3.3 Jurisprudências Pertinentes.....	36
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

Os filhos de casais separados passam por um processo traumático muito grande ao ver sua família se desfazer. E como se não bastassem à desunião dos pais, eles ainda têm de se ver separados da companhia em comum dos genitores, sendo por vezes obrigados a escolher entre a presença de apenas um deles em suas vidas.

Além disso, em muitos casos um dos pais continua a nutrir sentimentos negativos em relação ao outro, mesmo após a separação/divórcio. Criando uma falsa imagem negativa de seu antigo cônjuge na mente dos filhos, na tentativa de distanciá-los ainda mais, tudo isso com um intuito de “vingança” em relação ao ex-cônjuge.

Este comportamento bastante recorrente em nossa sociedade é conhecido por Alienação Parental e constitui motivo suficiente para que o genitor alienante possa até mesmo perder a guarda dos filhos.

O presente trabalho vem abordar essa questão sob o ponto de vista jurídico, demonstrando como ocorre a Alienação Parental e tendo como propósito responder a seguinte problemática: A guarda compartilhada pode ser uma solução para reduzir a prática da Alienação Parental?

Utilizou-se da pesquisa bibliográfica para a elaboração do trabalho que se deu por meio de leituras como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal de 1988, Código Civil, doutrinas, artigos e jurisprudências através do método dedutivo. O objetivo principal foi analisar o instituto da guarda compartilhada como uma possível solução para a inibição da Alienação Parental.

Buscou-se demonstrar como a guarda compartilhada – uma das diversas modalidades de guarda que podem ser deferidas por ocasião da separação/divórcio do casal – pode ajudar a reduzir à ocorrência dos casos de Alienação Parental, tornando menos dolorosa à vida das crianças que tiveram de passar pelo divórcio/separação dos seus pais.

Neste sentido, inicialmente demonstrou-se como a noção de família evoluiu nos últimos anos e qual o papel que a guarda representa no dia a dia de casais separados, para finalmente concluir como a Justiça pode agir de maneira positiva na

mitigação dos efeitos danosos causados pela instabilidade familiar de crianças e adolescentes.

I – DA FAMÍLIA

1.1 Evolução histórica da noção de família

A família vem evoluindo gradativamente desde os tempos mais remotos até os dias atuais. Sendo ela uma organização social anterior à noção de organização estatal, pode-se dizer ser que é com a família que se originou o Estado. De modo que descrever toda a sua história evolutiva detalhadamente seria tarefa impossível, além de não ser o objetivo do presente estudo. Desse modo, lançar-se-á mão de algumas generalizações previamente estabelecidas para demonstrar de forma breve e simplificada as modificações havidas na ideia de família com decorrer do tempo.

Na antiguidade as obrigações familiares entre membros eram todas de origem moral, sendo que todos os membros que compunham a família estavam sob a liderança do *patriarca*. Este era sempre um ancestral comum do sexo masculino que representava aqueles grupos, exercendo sua autoridade pelo simples fato de ser o originador da família. Naquela época, a totalidade de descendentes do patriarca formava uma comunidade que compartilhavam da mesma cultura, reunindo-se todos sob a orientação de seu parente mais antigo. Esses primeiros grupos familiares que partilhavam laços de sangue foram denominados de *clãs*.

Segundo PEREIRA (2004, p. 25):

[...] aceitar como certa a existência de um tipo de família preenchendo todo um período evolutivo, no qual a mulher estaria reservada a direção do lar, parece pouco provável. Fato certo e comprovado, este, sim pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu longo período sob a forma “patriarcal”. Assim a reconheceram as civilizações mediterrâneas. Assim a divulgou a documentação bíblica.

Conforme esses clãs aumentaram sua abrangência populacional e territorial, chegando a contar com milhares de membros em sua organização, as famílias foram se unindo e acabaram por formar tribos, ou seja, uma reunião de vários clãs que guardavam certa relação de afinidade entre si.

Dessa forma, a sociedade humana do modo como se conhece hoje acabou surgindo a partir dessas reuniões de clãs, posto que o número de pessoas que formavam cada tribo cresceu surpreendentemente com o passar do tempo, originando uma reunião de pessoas cada vez mais numerosas.

De acordo com MEDEIROS (2007, p. 37):

Basicamente a família firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe. Desse modo, a família inicialmente foi chefiada pela mulher, mas por um período muito curto, pois, em seguida o homem assumiu a direção da família e dos bens.

Com o surgimento das sociedades humanas mais numerosas, os laços de consanguinidade foram se tornando cada vez mais fracos, fato que se comprova pela existência da *família natural* do Direito Romano, na qual se considerava como família propriamente dita somente o casal e seus filhos. Nesse sentido, contrário a organização dos clãs, a família romana era originada pelo casamento, não pelos laços sanguíneos e se limitava aos referidos membros.

Além disso, compreende-se a família consanguínea como a primeira etapa da família atual. “Nela, os grupos conjugais se separam por gerações. Todos os avôs e avós, dentro dos limites da família, eram em seu conjunto, marido e mulher entre si.” (ENGELS, 2010, p. 58).

Nesse contexto, o casamento passou a ser uma forma de o homem manter uma só esposa, dando origem à família monogâmica, que é caracterizada pelo matrimônio e pela procriação.

Não obstante, nas formas anteriores de família o homem nunca tinha dificuldade em encontrar mulheres, tendo assim a faculdade de optar por uma ou várias, sendo que nem mesmo o parentesco consanguíneo era respeitado, já que até suas irmãs, primas e etc. poderiam se tornar mães de seus filhos. Entretanto, nas famílias pré-monogâmica esses hábitos foram se tornando raros, sendo necessário procurar por esposas específicas. “Por isso, começam com o casamento pré-monogâmico o rapto

e a compra de mulheres, meros sintomas bastante difundidos de uma transformação muito mais profunda que se havia efetuado” (ENGELS, 2010, p.31-32).

Com o passar do tempo a família deixou de se basear em grandes grupos, individualizando-se aos poucos e fortalecendo seus laços. No entanto, com sua evolução, o que realmente passou a consagrá-la foi a religião. Em determinado momento histórico havia um altar em cada lar e nele eram colocadas oferendas aos mortos e/ou aos deuses. Toda a família se reunia ao redor do altar a cada manhã para iniciar o dia com orações e à noite para ofertar preces de agradecimentos. Sob esta argumentação, pode-se dizer que a religião foi um dos principais agentes catalisadores da transformação familiar. (ENGELS, 2010)

Assim, em épocas que o Estado ainda partilhava o poder do soberano com a Igreja, a *família natural* foi adaptada pela Igreja Católica, que transformou o casamento em instituição sacralizada, indissolúvel e única formadora da família cristã, constituída pela união entre duas pessoas de diferentes sexos, unidas através de um ato solene e por seus descendentes diretos, a qual ultrapassou milênios e basicamente predomina até os dias atuais.

Segundo o Direito Canônico,

A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade do sacramento. (Cânon 1055, §1º)

É importante ressaltar que no modelo canônico havia a consagração do sexo, de modo que a relação carnal entre os nubentes era requisito obrigatório de validade da união. Não obstante, a condição imposta pelo direito eclesiástico seria fruto da indissociação entre o matrimônio e a procriação, desempenho primordial da união e que poderia ocorrer após o sacramento do matrimônio. Segundo Caparelli,

Entendia-se dessa forma que o fim do matrimônio enquanto instituição era a procriação e, por conseguinte, a educação da prole, o que tornava justificável a prática do ato sexual dos cônjuges, autorizado no seio dessa instituição como remédio [...]. (CAPARELLI, 2010, p. 148)

Além disso, independentemente da existência de afeto entre os cônjuges, o Direito Canônico estabelecia que a união decorrente do matrimônio era “indissolúvel, isto é, não se pode dissolver por vontade dos cônjuges, exceto pela morte”, nos termos do

cânnon 1056. Assim sendo, nessa época tinha-se a busca pela procriação que levavam as pessoas a constituírem família.

Vale ressaltar que aos filhos, quando crianças, não viviam a infância, pois logo que adquiriam porte físico para trabalhar misturavam-se aos adultos e partilhavam dos afazeres domésticos, sendo que desde muito cedo viviam praticamente independentes e tudo que aprendiam era observando os adultos.

Com o tempo o Estado se afastou pouco a pouco da Igreja, e percebeu que a família era a mais importante organização social. Dessa forma, iniciou-se uma mudança no modo de analisar a família, que se tornou instituto da sociedade, deixando de ser o anterior ente produtivo de antigamente para se tornar alvo da proteção e planejamento estatais.

Portanto, conforme restou demonstrado, a evolução da família, especialmente no modo como a cultura ocidental a encara, baseou-se de início nos laços de sangue e na origem comum dos membros de cada grupo. Posteriormente essa estrutura foi se transformando, de modo que os núcleos familiares passaram a ser reconhecidos somente em função dos parentes surgidos do casamento, que acontecia de forma solene e era reconhecido tanto pelo Direito quanto pela religião da época. Sendo que esse modelo de grupo familiar atravessou os séculos e até hoje é visto como o modelo da família tradicional.

Entretanto, a ideia de organização familiar vem sendo substituído nas mais recentes doutrinas e jurisprudências, bem como na própria legislação por um fator muito mais preciso e harmônico com a realidade: qual seja; o afeto.

Na legislação brasileira, que sofre forte influência dos preceitos católicos, até pouco tempo o casamento era a única forma de se constituir uma família e possuía a proteção do ordenamento jurídico. Entretanto a Constituição Federal de 1988 introduziu uma nova realidade ao Direito de Família, reconhecendo como entidade familiar, além do casamento, as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

Ainda que não esteja expressamente previsto no texto constitucional, o afeto foi acolhido pelo Poder Constituinte Originário, como demonstra DIAS:

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção

no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual. (DIAS, 2011, p. 69)

Já para BARROS, o afeto, enquanto característica inata dos seres humanos seria um direito natural do homem:

O direito ao afeto é a liberdade de afeição-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos. (BARROS, 2009, p.17).

Deste modo, o afeto ultrapassa a própria família, não podendo ser considerado apenas como valor jurídico, ou mesmo um simples laço que integra os entes de um núcleo familiar, mas sim um sentimento que mantém as relações de amor, companheirismo, solidariedade, humanidade, fraternidade, dedicação e etc. Dessa maneira, a afeição não seria mero fruto dos laços sanguíneos, pois ela reflete todas as relações humanas, principalmente aquela que é à base de nossa sociedade: a família.

Não obstante, com a evolução das famílias e das normas civis que regem o instituto, as ligações afetivas se tornaram muito mais valorizadas do que os laços sanguíneos. Assim, na medida em que se buscam os anseios, conforme se transforma o afeto, as relações familiares também se alteram, tornando a estrutura da família muito mais abrangente do que aquela prevista pelos Direito Canônico e Romano há tanto tempo.

Nesse sentido, DIAS (2011) comenta que:

A família moderna identifica-se assim com a comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2011, p. 71)

Assim, o afeto, enquanto valor fundamental das relações familiares, ainda que não esteja expresso no texto constitucional brasileiro, ganha aplicabilidade no entendimento de juristas como Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, Álvaro Villaça Azevedo, Luiz Edson Fachin, Sérgio Resende de Barros e tantos outros, e também se encontra presente nas decisões impetradas de muitos juízes,

em especial nos temas que se trata da união entre pessoas do mesmo gênero e nas relações parentais socioafetivas.

Atualmente compreende-se a família de modo completamente diverso dos tempos antigos, já que hoje a afetividade importa muito mais do que a consanguinidade para que seja reconhecida a entidade familiar.

1.2 Evolução legislativa da família

As transformações de ordem normativa que se deram sobre o instituto da família iniciaram-se por volta da metade do século passado, alcançando seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desse marco legislativo, inúmeras normas de espécies diferentes foram editadas no intuito de facilitar a adequação da sociedade à nova estrutura familiar, que surgia desde então, devido à evolução da sociedade como um todo. Por consequência, o que era aceitável antigamente já não mais encontra amparo na nossa sociedade, como é o caso do antigo poder que se dava ao pai de decidir acerca da vida e morte de sua prole.

Essa evolução legal é pautada pelo acompanhamento das transformações sofridas pelos sistemas sociais modernos. Em razão dessas alterações, várias foram as situações que demandaram amparo e previsão legal, a exemplo da união estável, da adoção, da investigação da filiação, da guarda e do direito de visitas.

Conforme a dignidade da pessoa humana foi ganhando reconhecimento e adquiriu o posto de fundamento do Estado, a ideia de que as leis inferiores à Constituição Federal deveriam ser informadas pelas disposições da Lei Maior, os princípios constitucionais passaram a fazer parte do sistema normativo de forma mais notória, de modo a incluir a dignidade no contexto de nossa legislação de maneira mais concreta.

Conforme o pensamento de Francisco Amaral (2011, p 319),

[...] no tocante à proteção e modo organizacional da família, criança e adolescente na Constituição de 1988, considera-se onze princípios fundamentais, que merecem ser citados; quais sejam o reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (CF, art.226); a existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; a competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; a igualdade jurídica dos cônjuges (CF, art.266 §5º); o reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da

entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF art.226 §6º); direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício; igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias; proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância; a atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos e a proteção do idoso (CF, art. 230).

O Código Civil acompanha este entendimento, apresentando em vários de seus artigos a influência dos princípios constitucionais na concepção familiar, como é o caso dos artigos 1.511, 1.566, 1538 e 1.834.¹

Segundo os doutrinadores Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves,

Referido ordenamento cominado com a Constituição Federal de 1988 veio ressaltar a função social da família no Brasil, valendo ressaltar a inovadora previsão da igualdade absoluta entre os cônjuges e os filhos, sejam eles havidos durante o casamento ou não. (GONÇALVES, 2008, p.19).

A Constituição Federal de 1988 veio definir a facilitação da conversão da união estável em casamento, mas o Código Civil não contemplou tal disposição integralmente, pois proporciona a conversão da união estável em casamento, mas não de forma facilitada, sendo necessário que o pedido de conversão seja levado a juízo antes de poder ser registrado civilmente (DIAS, 2011, p. 188).

Além disso, com o Código Civil de 2002, o regime de bens do casamento passou de imutável para mutável, pois a alteração do regime passou a se permitida desde que o regime de casamento não seja obrigatório e a mutabilidade seja feita mediante autorização judicial e pedido motivado de ambos os cônjuges (GONÇALVES, 2008, p.394).

Como se pode observar, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional procuraram garantir que a família fosse respeitada e que seus membros fossem tratados com dignidade e respeito uns pelos outros. Contudo, atualmente vem

¹**Art. 1.511.** O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.538. A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes:

- I - recusar a solene afirmação da sua vontade;
- II - declarar que esta não é livre e espontânea;
- III - manifestar-se arrependido.

Parágrafo único. O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia.

Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

crescendo os casos de Alienação Parental, um problema social advindo da dissolução das relações conjugais que vai contra das referidas disposições legais, o que torna o estudo do tema bastante apropriado para a discussão no trabalho.

II – DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 Considerações preliminares acerca da Alienação Parental

A Alienação Parental é uma situação bastante antiga e recorrente que remonta aos primórdios da família. Ela ocorre quando um dos ex-cônjuges passa a afastar o(s) filho(s) do outro em razão da prévia separação do casal. Trata-se de um fato muito comum que evoluiu em conjunto com o aumento do número de separações judiciais e divórcios, tendo se tornado um verdadeiro problema social. Isso fez com que seu surgimento parecesse estar atrelado à positividade jurídica de sua existência, com a edição da Lei nº 12.318/2010, contudo, sabe-se que não é de hoje que os filhos acabam sofrendo mais que os pais quando o casal se separa.

Na verdade, o instituto da Alienação Parental já era estudado pela psicologia muito antes de seu regramento jurídico ser editado aqui no Brasil. Segundo RABELO e VIEGAS (2017, p. 03), já em 1985 o professor de psiquiatria Richard Gardner propôs o termo Síndrome de Alienação Parental “para a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor”.

Contudo, como a legislação não reconhecia expressamente a tal Síndrome da Alienação Parental, o Judiciário encontrava problemas para resolver os supostos casos de Alienação Parental que se lhe apresentavam. Assim, em 2010 editou-se a Lei 12.318, que reconheceu e positivou o regime jurídico da Alienação Parental, prevendo, inclusive penas e responsabilização civil para seus autores. E não foi sem tempo, porque, como já mencionado, desde a década de 1980 o fato vinha sendo observado e pesquisado por psicólogos de todas as partes do mundo, indicando o quanto ele era significativo para nossa sociedade.

De acordo com o próprio GARDNER (1985, p. 09),

Os profissionais de saúde mental, os advogados do direito de família e os juízes geralmente concordam em que temos visto, nos últimos anos, um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor. Esse problema é especialmente comum no contexto de disputas de custódia de crianças, onde tal programação permite ao genitor alienante ganhar força no tribunal para alavancar seu pleito.

Nesse sentido, interessante abordar o tema tanto do ponto de vista jurídico quanto psíquico, visto que o primeiro é um desdobramento do último. Assim, nas próximas páginas procurou-se demonstrar o que é e como ocorre a Alienação Parental, bem como a legislação pertinente e as definições da psicologia sobre a Alienação Parental.

2.2 Aspectos jurídicos da Alienação Parental

A princípio a Alienação Parental parece um problema corriqueiro que não necessita de maiores cuidados, mas na verdade ela é um problema social muito grave que pode estender seus efeitos por toda a vida da vítima.

Assim, em um primeiro momento, quando um dos pais passa a alienar a prole contra o outro, surge o desrespeito aos direitos inerentes à personalidade do sujeito, uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. E posteriormente percebe-se a desobediência a toda estrutura legal construída em torno da criança e do adolescente, que são vistos por nossa sociedade como pessoas hipossuficientes de discernimento incompleto que merecem proteção legal especializada.

A seguir, será feita uma breve análise da Alienação Parental sob a ótica do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana a fim de esclarecer qual a sua relação com tal prática. Num segundo momento serão comentadas as disposições legais infraconstitucionais que regulam e punem a Alienação Parental.

2.2.1 A Alienação Parental sob a ótica da Constituição

A sociedade sempre passou por inúmeras fases, cada uma com suas peculiaridades, pontos negativos e positivos, de modo que as evoluções científicas, tecnológicas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas foram lentas e graduais.

A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também ocorre gradualmente, não se reconhecendo ou constituindo todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade evolui.

É da Constituição que se originam a maioria desses direitos e todos eles são compostos pelo pilar básico da Dignidade da Pessoa Humana, que é um dos fundamentos do Estado brasileiro. Tal princípio pressupõe a igualdade entre os seres humanos, assumindo que todos os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, idade, credo ou quaisquer outras características individualmente consideradas. Isto porque os interesses em evitar a dor, manter relações afetivas, obter uma moradia, satisfazer a necessidade básica de alimentação e tantos outros são comuns a todos os homens, independentemente da inteligência, da força física, da idade ou demais aptidões que o indivíduo possa ter. (SARLET, 2001)

Aliás, é nesse sentido que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu artigo 1º, destaca a importância da Dignidade Humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

No caso do sistema normativo brasileiro, após mais de duas décadas sob o regime militar, o constituinte de 1988 destacou que o Estado Democrático de Direito possui, como um de seus fundamentos, a Dignidade da Pessoa Humana, consagrando-a como um alicerce da ordem jurídica democrática e justa. José Afonso da Silva (2012, p.218) expõe que “se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da república, da federação, do país, da democracia e do direito”.

Em outras palavras, o atual Estado Democrático de Direito exige a garantia dos direitos fundamentais e, para tanto, centra-se na Dignidade da Pessoa Humana, já que os direitos são postos a serviço da realização do homem como pessoa. Nessa perspectiva, a Dignidade da Pessoa Humana deve figurar como valor jurídico supremo, pois ela é à base de todos os direitos assegurados tanto pela Constituição Federal quanto pelas Leis ordinárias.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes foram reconhecidos como sujeitos de direitos ao qual o Estado e toda a população

devem prestações positivas. Além disso, criou-se a proteção legal integral aos infantes, que vem insculpida tanto no artigo 227 da Constituição quanto nos artigos 3º e 4º do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Desse modo, compreende-se o quanto a prática da Alienação Parental desrespeita e prejudica quem é submetido às suas provocações. A partir do momento em que a criança passar a ser alvo dos ataques alienantes de um dos pais, sua liberdade de pensamento, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar (dentre outros) tornam-se ameaçados pela tal prática, o que constitui verdadeira afronta ao princípio mais básico da Constituição Federal, já que, conforme prevê seu artigo 227:

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

Portanto, como se pode observar, a Alienação Parental é um fato inconstitucional já que desrespeita o disposto na Constituição Federal, devendo ser combatida.

2.2.2 A Alienação Parental sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente

Como já foi dito acima, não é só a Constituição Federal que prevê e garante direitos à criança e ao adolescente, pois existe um amplo arcabouço legal infraconstitucional que regula a matéria. Mostrando sempre que os direitos elencados basicamente nos artigos 5º e 227 da Constituição Federal são de extrema relevância e deve ser obrigatoriamente garantido pelo Estado, de forma a concretizar a garantia que se deu inicialmente por intermédio da Constituição Federal. (VERONESE, 1996).

Logo, com a intenção de assegurar a proteção integral a que faz jus toda criança brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente – que veio regular as citadas previsões constitucionais – prevê logo em seu artigo 3º que à criança e ao adolescente são garantidos todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, bem como a proteção integral do Estado e da família.

Essa proteção integral, de acordo com a lição de MACHADO (2013), tem por base o estado de vulnerabilidade mental em que se encontra a criança e serve para:

[...] distinguir crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção do homo médio e autorizar e operar a aparente quebra do princípio da igualdade – já que eles são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca. Assim, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal. (MACHADO, 2013, p. 123)

Portanto, tomando como base os preceitos da Constituição Federal, criou-se o sistema de proteção integral a criança e ao adolescente, que vem expressamente previsto no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e também nos artigos 5º, 7º, 208, 226 e 229 da Constituição Federal.

Esse sistema de proteção goza de prioridade absoluta, ou seja, exige atitudes positivas e emergenciais de toda a sociedade para que se concretize especialmente da família e do Poder Público. Sendo certo que:

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deverão asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc, porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 2003. p. 47).

Na tentativa de erradicar toda e qualquer dúvida acerca da interpretação dessa expressão, o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente define a prioridade absoluta como sendo:

- a)** primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b)** precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c)** preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d)** destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990)

Portanto, como se pode observar, tanto a Constituição quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente pretendem que as crianças e adolescentes sejam tratados com o máximo de cuidado e tenham a prioridade garantida, já que estão em fase de desenvolvimento de caráter e precisam da ajuda dos poderes instituídos e de toda a população para que cheguem à idade adulta da maneira mais sadia possível.

Neste sentido, afirma MACHADO (2003) que o direito peculiar de crianças e adolescentes desenvolverem sua personalidade humana adulta integra os direitos da personalidade e tal noção está estruturalmente ligada à distinção especial que os direitos da crianças e adolescentes recebem no texto constitucional.

Segundo BOBBIO (2002, p. 35)

Se diz que “criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais”, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*;

Entretanto, é bom mencionar que além dos vários dispositivos inibidores da Alienação Parental acima mencionados, em 2010, notando a frequente ocorrência de casos desse tipo, o legislador editou a Lei nº 12.318, que dispõe especialmente sobre a matéria, cria punições para o genitor que descumpra seus deveres de cuidado alienando seu filho contra o outro, disciplina e regula a Alienação Parental e promove outras medidas. Tudo na tentativa de coibir essa prática tão danosa aos direitos fundamentais da criança, em especial o de conviver saudavelmente com sua família.

2.2.3 A Lei 12.318/10

A Lei da Alienação Parental veio fortalecer o sistema de proteção à infância e adolescência contra os rigores dessa prática e foi criada em resposta aos inúmeros casos de alienação que chegavam ao Judiciário.

Dentre outras medidas, a Lei 12.318/10 define e exemplifica o que vem a ser a Alienação Parental e cria mecanismos inibidores das condutas alienantes. Veja-se:

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

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

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

E ainda:

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

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

Pode-se perceber que a Lei foi bem abrangente quanto ao pólo passivo do processo de Alienação Parental, já que possibilitou que genitores, avós ou qualquer outra pessoa que possua a guarda da criança ou adolescente seja responsabilizada pela ocorrência da alienação.

Além disso, segundo MOLD (2012, p. 56)

O artigo 4.º da Lei n.º 12.318/2010 condiciona a atuação do Juiz, em qualquer momento, à declaração de indícios de ato de alienação parental, passando o processo a ter tramitação prioritária. Portanto, a ação para apreciar e julgar atos de alienação parental pode ser autônoma, em vias próprias, ou incidental, quando haja outro processo em curso, como uma ação de guarda, visitas, divórcio, anulação de casamento, dissolução de união estável, dentre outras. Restando assegura

O parágrafo único do referido dispositivo legal garante ainda que haja visitação assistida por parte do genitor alienado, a menos que haja iminente risco à integridade física ou psicológica do menor. Lembrando que essa medida pode ser deferida em sede liminar, visto que nesses casos quase sempre haverá o *periculum in mora*.

Já no artigo 6º a Lei prevê as sanções que podem ser aplicadas ao alienador, que vão desde uma mera advertência verbal até a suspensão da autoridade parental.

Confira-se:

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

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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

Trata-se de uma Lei especial que rege a matéria e passou a existir em razão da quantidade de casos de Alienação Parental que alcançam o Judiciário, definindo o que vem a ser e como se dá a prática da Alienação Parental e criando ainda mecanismos sancionadores da mesma. O que já foi uma grande evolução no tratamento do problema.

A Lei 12.318/10 é mais uma ferramenta empregada na defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Ela veio integrar o sistema protetivo criado pela Constituição Federal e tem o fim único de zelar pelo convívio saudável e digno da criança e do adolescente com sua família.

2.3 Aspectos psíquicos da Alienação Parental

Superados os detalhes técnico-jurídicos acerca da Alienação Parental, apresentar-se-á agora o conceito psicológico da síndrome e seus reflexos cientificamente comprovados na vida das vítimas.

Segundo a psicologia, a Alienação Parental se dá quando, após separados ou divorciados, pai e/ou mãe passam a nutrir um sentimento de repulsa no(s) filho(s) em relação ao outro genitor. Isso se dá porque o ex-cônjuge sente um desejo de vingança pelo outro e acaba usando o filho(s) como instrumento de sua ira.

De acordo com GARDNER (1985, p. 12)

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 denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo.

MOLD (2012, p. 53) por sua vez, esclarece que:

A definição de alienação parental surge para enunciar o processo que consiste em manter uma criança ou adolescente afastado de um ou ambos os genitores. Esses efeitos referem-se às reações emocionais negativas de crianças/adolescentes em seus relacionamentos com os genitores visitantes. A sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos progenitores por parte da criança, campanha esta que não tem justificção. Assim, a Alienação Parental consiste em um processo de programar uma criança para que odeie um dos seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingresse numa trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Esta síndrome se caracteriza por um conjunto de sintomas bastante característicos que normalmente se manifestam conjuntamente e ganham força conforme a “lavagem cerebral” feita pelo alienador avança.

Segundo GARDNER (2002), esses sintomas incluem uma campanha denegritória e sem motivos aparentes em desfavor do genitor alienado, pensamentos absurdos por parte do filho em relação ao alienado, apoio automático e incontestável ao alienador, ausência de culpa por atos cruéis realizados em face do alienado, encenações “encomendadas”, repulsa contra pessoas da convivência do alienado. Sendo que a quantidade de sintomas manifestados pela criança está diretamente ligado à força da alienação provocada. De acordo com o autor, casos leves de alienação são caracterizados por apenas alguns desses sintomas, enquanto que casos moderados ou severos podem dar lastro à manifestação de todos eles.

SOUZA e BRITO (2010, p. 44/45) mencionam ainda que:

[...] a SAP seria mais que uma lavagem cerebral, pois incluiria 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. A criança responderia de tal modo à programação por parte de um dos pais, que demonstraria completa amnésia em relação às experiências positivas vividas anteriormente com o genitor alvo dos ataques.

O fato é que crianças e adolescentes que vivenciam separações familiares tornam-se muito influenciáveis, demonstrando claramente ao seu guardião que podem ser manipuladas facilmente contra um ou ambos os seus genitores, pois ela os culpa pela extinção da convivência familiar (DIAS, 2007). Assim, quando um dos ex-parceiros pretende se tornar o único objeto de amor e influência na vida de seu(s) filho(s), passa a criar uma figura negativa do outro na mente da criança, fazendo com que ela se apegue cada vez mais a si e se distancie do outro genitor (MORAIS, 2017).

As estratégias utilizadas pelo alienador são variadas e sempre giram em torno de avaliações negativas e prejudiciais para o genitor alienado, desqualificando-o de maneira definitiva para acompanhar o filho. Tornando comum que crianças vítimas da Alienação Parental passem a sentir medo de estar na presença do genitor alvo das acusações, passando muito tempo na companhia do alienador e afastando-se de seus amigos e familiares, bem como de qualquer pessoa que possa ser do convívio ou família do alienado (GARDNER, 2002).

Segundo MORAIS (2017, p.04), Gardner postulou quatro pilares básicos do processo alienatório, quais sejam:

1. Obstrução do contato: o alienador busca a todo custo obstaculizar o contato do não-guardião com o filho e para tanto se utiliza os mais variados meios, tais como interceptações de ligações e cartas, críticas demasiadas, tomada de decisões importantes da vida do filho sem consultar o outro genitor e etc;
2. Falsas denúncias de abuso: é a mais grave das acusações que o guardião pode fazer, incutindo na criança a ideia de que o outro genitor estaria abusando sexual ou emocionalmente dela, fazendo com que o filho tenha medo de se encontrar com o não-guardião;
3. Deterioração da relação após o divórcio: o rompimento da relação conjugal faz com que o alienador projete nos filhos toda a frustração advinda da separação, persuadindo a criança a se afastar do não guardião, com a alegação de que ele abandonou a família;
4. Reação de medo: a criança passa a ser protagonista do conflito dos pais e por medo do guardião voltar-se contra si, se apega ao alienado e afasta do outro.

O alienador cria situações e fatos propositadamente depreciadores à figura do alienado, tentando de todas as maneiras afastá-lo do convívio com seus filhos. E ao fim desse processo, muito provavelmente a criança realmente terá se afastado do genitor alienado, visto que haverá sido convencida de que ele não é uma boa influência para sua vida.

Aliás, conforme o narrado por XAXÁ (2008, p. 13),

Neste contexto [de alienação], tudo o que puder ser utilizado contra o outro genitor, será utilizado. Desde as acusações brandas, como “ele não presta”, “ela não te ama”, “ele não quer saber de você”, até as mais sérias, como falsas denúncias de incesto e violência. A criança é convencida da existência desse(s) fato(s) e o repete como tendo realmente acontecido. Criança que é, não consegue discernir a manipulação, acredita e repete tudo insistentemente e, com o passar do tempo, nem o próprio guardião consegue diferenciar a fantasia da realidade e passa a acreditar na própria mentira.

Percebe-se, portanto, o caráter abusivo que reveste a Alienação Parental, já que o alienador realmente pratica uma coação moral disfarçada contra a criança. Tanto

que a Lei 12.318/10 prevê essa prática expressamente por intermédio de seu artigo 3º:

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 processo psicológico que induz a Alienação Parental é considerado um comportamento altamente danoso para a criança e adolescente, resultando em traumas que jamais serão superados.

GARDNER (2002) salienta que submeter a criança à Alienação Parental é uma forma de abuso emocional que leva ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica existente entre a criança e seu progenitor. Sendo que, em muitos casos, pode haver a separação definitiva dos entes familiares, que ficarão separados para o resto de suas vidas em razão de fatos provavelmente inexistentes.

Segundo o mesmo autor,

Um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são a de que é um genitor exemplar. Tipicamente, têm tanta persistência no seu intento de destruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, que se torna “cego” às consequências psicológicas formidáveis provocadas na criança, decorrentes de suas instruções de SAP – não apenas no presente, em que estão operando essa doutrinação, mas também no futuro. (GARDNER, 2002, p. 14)

Destaca-se que além de todos os abusos acima delineados, a criança vítima da Alienação Parental pode desenvolver ainda sérios problemas psíquicos em razão dos sentimentos negativos que passa a nutrir pelo genitor alienado, visto que ela se vê obrigada a conviver desde muito cedo com o conflito interno de aprender a odiar a alguém que ama (WARSHAK, 1999).

Desse modo, fácil perceber o quanto a Alienação Parental pode ser perigosa, isso sendo vista apenas sob o viés psicológico.

Atente-se ainda para a diferenciação havida entre a Síndrome da Alienação Parental e a Alienação Parental propriamente dita.

Segundo informa CUNHA (2015, p. 04),

A alienação parental baseia-se na inquestionável atuação de um sujeito, na maioria das vezes o guardião, denominado alienador, na prática de atos que difamem e deturpe a imagem do genitor não guardião, de forma que a imagem que a criança ou o adolescente tenha do outro genitor torne-se equivocada. A criança é alienada e o genitor será vitimado na situação. Já a síndrome da alienação parental, que não se confunde, pois é um distúrbio, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais que ocorrem na criança vítima das descargas do genitor imaturo. O menor já alienado pela campanha difamatória do genitor se comporta de maneira hostil, grosseira e acaba distanciando-se do genitor-alvo.

Enquanto a Alienação Parental é a prática depreciadora que afasta o menor do genitor alienado, a Síndrome da Alienação Parental são os efeitos comportamentais que a criança vítima da “lavagem cerebral” passa a apresentar em relação ao alienado quando o processo de afastamento vai se concretizando. São coisas diferentes e enquanto a Alienação Parental diz respeito ao genitor alienador e suas atitudes, a Síndrome manifesta-se apenas na criança, que se torna rebelde e acaba aceitando que o alienado realmente não é uma pessoa que deva fazer parte de seu convívio.

Percebe-se que a Alienação Parental é um mal cada vez mais frequente em nossa sociedade. Ela prejudica os filhos do antigo casal e pode apresentar sintomas que levam anos a fio para serem descobertos. Ademais, trata-se de uma prática totalmente inconstitucional e contrária a todo o direito, tanto que acabou sendo necessária a ação do legislador, que editou lei específica acerca do tema, tentando coibir sua ocorrência.

III – A GUARDA COMPARTILHADA COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Considerações preliminares acerca do Poder Familiar

De acordo com o §5º do artigo 226 da Constituição Federal, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Essa regra é um desdobramento do Princípio da Isonomia ou Igualdade previsto no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]”

Seguindo este entendimento, o legislador criou a guarda compartilhada, que é o instituto pelo qual ambos os genitores ficam responsáveis pelos filhos do antigo casal nos casos de rompimento do vínculo conjugal. Nas palavras de FONTES (2009, p. 12),

[...] a guarda compartilhada é uma modalidade na qual, pela própria definição legal, verifica-se a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernente ao poder familiar dos filhos comuns, de forma que sempre se priorize uma divisão equilibrada do tempo de convívio dos pais com os filhos tendo em vista as condições fáticas e os interesses da prole.

Trata-se da previsão legal de que ambos os genitores são igualmente responsáveis pelos filhos havidos durante a união conjugal após o término da mesma. Já que com a dissolução do casamento não há modificação alguma na relação entre pais e filhos².

Essa noção de responsabilidade, que já não é tão atual como se imagina, vem do Direito Romano, segundo o qual o pai possuía o chamado “pátrio poder”, que naquela época era praticamente ilimitado e dava total controle ao varão sob sua família. Na verdade, o Direito Romano encarava os filhos praticamente como coisas, firmando e reafirmando a autoridade do pai sobre quaisquer desejos ou aspirações dos filhos e até mesmo da esposa.

Nas palavras de CALDERAN e DILL (2016, p. 01)

Na Antiguidade o *pater* tinha poderes ilimitados sobre os filhos, enquanto a mãe, totalmente submissa, nada podia decidir quanto à educação da prole. A evolução do presente instituto foi no sentido do termo “poder familiar”, antes intitulado pátrio-poder, deixar de ser o poder que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos, passando a ser um *munus* público, um poder/dever dos pais no interesse dos filhos. Foi em virtude do reconhecimento dos filhos como seres humanos dotados de dignidade, que se passou a reconhecer seus direitos, destacando o direito/dever de convívio com ambos os pais, independente de coabitação.

Assim, com a evolução da sociedade a antiga noção familiar baseada no poder do patriarca mudou bastante, tanto que hoje nem a expressão “pátrio poder” existe mais. Atualmente fala-se em “poder familiar”, que é a nomenclatura oficial, já que usada pelo Código Civil para se referir ao poder que *ambos os pais* tem sobre a família (artigo 1.630). Outra mudança significativa foi a de que esse poder passou a

² O estado de filiação é imprescritível e irrenunciável, conforme preceitua o artigo 27 do ECA.

ser encarado tanto como um direito quanto como um dever, perdendo seu caráter único de direito absoluto, como se fazia até pouco tempo atrás. E nesse dever estão incluídas obrigações como a de educar os filhos e administrar seus bens.

A proteção integral que o Estatuto da Criança e do Adolescente garantiu para as crianças e adolescentes consolidou o direito que a prole tem de ser amparada e cuidada pelos pais sempre que possível. De maneira que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pai e mãe tornaram-se solidariamente responsáveis pelo cuidado com os filhos, dirigindo e comandando a família em igualdade de condições, mesmo que a convivência matrimonial já tenha acabado.

Essa mudança de entendimento veio estabelecer o direito dos filhos serem amparados por ambos os pais durante a vigência da sociedade matrimonial e após o término da mesma. Desta forma, atualmente compete ao pai e à mãe, em igualdade de condições, cuidarem dos filhos durante o casamento e por ocasião da separação/divórcio, dirigindo e comandando a estrutura familiar ainda que sob tetos diferentes. Ou seja, passou-se a valorizar mais o bem estar dos filhos (que não respondem pela separação do casal) do que a situação conjugal dos pais. (ELIAS, 2009)

Isto porque, além dos comandos acima citados, a Constituição Federal já estabeleceu por intermédio de seu artigo 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Observe-se que a Constituição Federal fala nos pais (no plural) e não somente na mãe ou no pai individualmente considerados.

Após a Constituição Federal de 1988 deixar claro que o poder familiar compete a ambos os pais, o Estatuto da Criança e do Adolescente veio completar a norma constitucional ao prever em seu artigo 21 que “pátrio poder será exercido em igualdade pelo pai e mãe”.

Nessa esteira, Oliveira (2012, p. 152) comenta que a guarda é “o conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem por determinação legal ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educacional de um menor de idade, sendo pacífico o entendimento de dever para ambos os genitores”. Isto porque até mesmo o Código

Penal tipifica como criminosa a conduta do genitor (qualquer um dos dois) que deixar de suprir as necessidades de seus filhos.

Portanto, o poder/dever familiar deve ser exercido por ambos os pais em pé de igualdade, tendo ambos o dever de educar, criar, cuidar, dar assistência espiritual, física e intelectual e guardar os filhos de qualquer mal que lhes possa ocorrer.

A doutrina costuma conceituar o poder familiar de diversas formas diferentes. Algumas mais compreensíveis, outras menos, mas o fato é que, como acontece com quase todas as definições jurídicas, as formas de descrever o instituto mudam, mas o conceito fundamental continua o mesmo.

Assim, afirma ELIAS (2009, p. 06) que o poder familiar é “um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”.

Já para Caio Mário Pereira (2004, p.423), o poder familiar seria “[...] o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens dos filhos, exercido pelos pais na mais estrita colaboração”. Segundo o mesmo autor,

O Código Civil de 2002, ao introduzir uma nova terminologia no que tange ao pátrio poder, identificando-o como “Poder Familiar”, não abandonou a sua natureza de “poder” do instituto, marcado modernamente por obrigações e responsabilidades decorrentes das necessidades de proteção dos filhos, como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento. (PEREIRA, 2004 p. 423).

Para Calderan e Dill (2016, p 02), o poder familiar seria

[...] uma responsabilidade comum dos genitores, de prestar aos filhos, enquanto civilmente incapazes, o necessário ao seu sustento, proporcionando-lhes, alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde, em conformidade com os artigos 227 da Constituição Federal e o 22 do ECA³. Trata-se de um encargo atribuído pelo Estado aos pais, no intuito de que estes zelem pelo futuro de seus filhos, que serão posteriormente entregues à sociedade.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2013, p. 277) destaca que:

³ ECA, art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. É uma espécie de função correspondente a um encargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo. É, portanto, um encargo atribuído pelo Estado aos pais, em benefício dos filhos, de forma irrenunciável.

Os direitos e deveres atribuídos aos pais pelo poder familiar são também irrenunciáveis. Os genitores devem sempre estar presentes na vida e desenvolvimento dos filhos e isso deve ser feito de maneira igual: tanto o pai quanto a mãe têm tarefas específicas a serem desempenhadas, não podendo ser substituídos um pelo outro ou por qualquer outra pessoa alheia ao convívio familiar. Desse modo, mesmo que a coabitação já não mais exista, ainda assim os pais continuam obrigados pela Lei a se fazerem presentes no dia a dia dos filhos, pois como já foi dito, o poder familiar permanece independentemente da união do casal.

Destaca-se ainda que a uma relação de autoridade oriunda do poder familiar, pois conforme prescreve o artigo 1.634 do Código Civil,

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

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

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Pelo conteúdo do presente artigo, logo se percebe que há uma relação de hierarquia vinda do poder familiar, pois, conforme o Código prescreve, os filhos devem obediência, respeito e até mesmo serviços auxílio nas tarefas domésticas (condizentes com sua idade e aptidão física). Este liame hierárquico vindo do poder familiar, segundo Maria Helena Diniz (2013), representa um vínculo instrumentalizador de direitos fundamentais, conduzindo os filhos à autonomia responsável por intermédio do agir zeloso de ambos os pais.

3.2 Noções gerais acerca da Guarda

A guarda é um instituto jurídico muito abrangente e conceituá-la não é tarefa fácil. Tanto que esta pesquisa pretende abordá-la em linhas gerais, sem pretensão de exaurir o tema. Ela pode ser concedida de várias formas diferentes e advém exatamente da necessidade do contato familiar, pois os filhos não perdem sua qualidade de prole quando o casal se separa ou divorcia.

É impossível que os filhos permaneçam alheios a uma separação conjugal, visto que ela implica drásticas modificações do dia a dia familiar. Sendo eles os que mais sofrem com a dissolução do matrimônio, pois ficam mais vulneráveis a atitudes como a Alienação Parental, por exemplo.

Desse modo, tem-se que a guarda é um desdobramento do poder familiar, pois tem como fim único a garantia do bem estar e do melhor interesse das crianças envolvidas no processo separatório, o que é uma obrigação de ambos os pais, conforme já comentado.

Santo Neto (2004, p. 138) conceitua a guarda como sendo “o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”.

Strenger (2009, p. 07) por sua vez define o instituto da seguinte maneira: “[...] o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

Pereira (2004, p. 915/916) vai mais além, apresentando conceito mais rebuscado. Segundo ele a guarda

[...] *stricto sensu* compreende todos os direitos sobre a pessoa física da criança, notadamente o direito de tê-la no domicílio parental, de se ocupar de tudo o que se diz respeito à manutenção, seus cuidados, prevenir danos que possa vir a causar, seja a si próprio, seja a terceiros. Compreende tudo que concerne à direção intelectual e moral da criança. Em virtude desse direito/dever, os pais escolhem a opção religiosa da criança, o tipo de educação que lhe será proporcionada, e a carreira na qual se estima conveniente prepará-lo. Eles têm enfim, o direito e a obrigação de fiscalizar todas as relações da criança, desde sua convivência com os amigos até mesmo suas leituras.

A guarda pode ser deferida em diversas modalidades, como a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral é o tipo mais comum e se refere às situações em que um único genitor (pai ou mãe) fica responsável pelos filhos após o fim da relação conjugal, detendo a guarda dos mesmos e permitindo ao outro somente o direito de visita. Esta é a modalidade que mais propicia a ocorrência da Alienação Parental, pois muitas vezes o guardião da criança nutre sentimentos negativos em relação ao ex. companheiro (a), que acaba sendo alvo de alienação por parte daquele.

A guarda alternada é aquela na qual os filhos permanecem sobre a tutela dos pais em períodos alternados, ou seja, a cada período definido pelo juízo (anual, semestral, mensal, semanal, etc.) a(s) criança(s) ficará(ão) com um dos pais, podendo ser visitada(s) pelo outro em ocasiões pontuais.

De acordo com Oliveira (2012, p. 357)

A guarda Alternada tem sua verdadeira gênese no direito de visitas, quando ajustam os pais ou sentença judicial determina que os filhos fiquem na posse física de um dos genitores, garantindo ao outro um período próprio de visitação, normalmente em finais de semana intercalados, acrescidos de um ou mais dias de visitas durante a semana, alternando sua estadia na casa dos pais, de acordo com o calendário de visitas ajustado por acordo, ou ordenado na sentença.

Já a guarda compartilhada, que será estudada mais a frente, é a modalidade de guarda segundo a qual ambos os pais podem tomar decisões que importem modificações e/ou restrições na vida dos filhos. Exercendo uma estreita ligação com eles e mantendo seu poder familiar exatamente como era antes do divórcio/separação. Segundo Lôbo (2003, p. 122/123),

Tal modalidade surge com intuito de equiparar e por em equilíbrio os papéis parentais, procurando sempre atender ao melhor interesse da criança, e também, suprir as deficiências apresentadas em outros modelos de guarda. A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer do sustento material e moral.

Para os fins aos quais se presta esta pesquisa interessa somente a guarda na modalidade compartilhada, já que acredita ser ela o *status* de possível solução para a ocorrência da Alienação Parental.

3.3 Da guarda compartilhada

A guarda compartilhada passou a ocorrer no Brasil em meados da década de 1980, quando ainda era chamada de *custódia conjunta* (OLIVEIRA, 2012) e ocorria principalmente por intermédio de acordos homologados em juízo. Já naquela época entendia-se que ela era a melhor modalidade de divisão do poder familiar para os filhos, razão pela qual sua ocorrência passou a ser cada vez mais frequente.

Contudo, mesmo ocorrendo com grande frequência, ela só passou a ser legalmente reconhecida a partir da Lei 11.698 de 06 de julho de 2008, que alterou alguns artigos do Código Civil relativos à guarda dos filhos, instituindo e disciplinando a guarda compartilhada, como ficou conhecido o instituto a partir de então. Segundo o artigo 1º, §1º dessa Lei,

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

Assim, por intermédio desse modelo de guarda, os pais podem decidir conjuntamente todos os aspectos da vida dos filhos, mesmo habitando lares diferentes. Desse modo, mesmo que nenhum dos genitores possua a guarda física definitiva da(s) criança(s), ela(s) poderá(ão) gozar da proximidade com ambos, vivendo o máximo possível como se a relação conjugal de seus pais não tivesse acabado.

Percebe que os principais fundamentos da guarda compartilhada são o melhor interesse e bem estar das crianças e adolescentes, bem como a conservação da isonomia entre os genitores, que poderão criar sua prole diminuindo os efeitos prejudiciais surgidos do divórcio/separação. Busca-se, portanto, efetivar os princípios constitucionais que protegem a família . Veja-se:

[...] na guarda conjunta são dois os bens jurídicos tutelados: primeiro o direito do filho á convivência assídua com o pai, assegurando-se o bom desenvolvimento e formação mental, física, social e espiritual; segundo, o direito dos pais de continuidade da convivência, mantendo permanentes os laços afetivos familiares. (SHELEDER, BRAGANHOLO, GRUBEL, 2009)⁴

⁴ Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

Tais fundamentos jurídicos buscam preservar a família, já que não há mais o convívio matrimonial dos ex - cônjuges.

E é exatamente nesse ponto que o presente trabalho encontra razão. Pois, conforme restou demonstrado no segundo capítulo, a Alienação Parental é bastante recorrente e se inicia com a separação/ divórcio do casal, lastreando-se na modalidade de guarda deferida. De modo que, havendo a possibilidade de se contemplar a guarda compartilhada, acredita-se que esse fenômeno perca força, já que os pais poderão decidir conjuntamente sobre o futuro dos filhos. Evitando que haja certa “competição” entre os genitores pela atenção e afeto de seus filhos.

Nesse sentido, cite-se a valiosa lição de Dias (2010, p. 433):

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.

Entende-se que grande parte dos motivos que ensejam a Alienação Parental encontra-se no distanciamento surgido entre os pais após a separação/divórcio, pois eles passam a conviver e educar os filhos de maneira totalmente diferente da que faziam durante constância da relação conjugal. Assim, caso se torne possível evitar que um genitor seja repudiado pelo outro na guarda e/ou nas visitas, a Alienação Parental perderá seu espaço. Visto que a convivência familiar será mais parecida com a que existia durante a relação conjugal, o que pode coibir a ação de um dos genitores em desfavor do outro, além de evitar o enfraquecimento dos laços de parentesco entre pais e filhos.

Além disso, conforme visto acima a guarda compartilhada é a modalidade que mais resguarda os direitos de pais e filhos por ocasião da separação/divórcio, já que permite a ambos exercitarem o convívio familiar que teria se perdido com o fim da relação conjugal, já que ela garante tanto o convívio mútuo com ambos os pais.

E neste sentido, Ingrith Gomes Abrahão comenta:

Um outro argumento que tem sido utilizado hodiernamente para fortalecer a ideia de ser a guarda compartilhada o melhor modelo ou arranjo de guarda dos filhos, é afirmar que, através do exercício conjunto da educação e cuidados da prole, os pais afastam a incidência da chamada Síndrome da Alienação Parental, que é tão frequente nos casos de guarda exclusiva,

principalmente quando há conflito entre genitor guardião e o não-guardião. (ABRAHÃO, 2007, p. 78)

Além disso, a guarda compartilhada apresenta outros significativos benefícios para a inibição da Síndrome da Alienação Parental, como a cooperação mútua entre os genitores na realização dos deveres e responsabilidades para com os filhos e a não imposição da terrível escolha de ter de morar com apenas um dos pais.

Portanto, a guarda compartilhada proporciona uma relação de igualdade entre ambos os genitores, eliminando todos os possíveis conflitos decorrentes das demais modalidades de guarda, bem como reduzindo drasticamente a ocorrência da Síndrome da Alienação Parental.

3.3 Jurisprudências Pertinentes

Superadas as fases de abordagem do tema e demonstração dos benefícios advindos da guarda compartilhada em relação ao problema da Alienação Parental, abaixo serão apresentados alguns julgados nos quais os magistrados entenderam que a modalidade de guarda compartilhada relaciona-se diretamente com o melhor interesse dos filhos, podendo se mostrar como solução mais provável para combater casos de Alienação Parental. Em alguns casos, não deferir a guarda compartilhada ou deixar de modificar o regime de guarda vigente pode vir a ser um remédio semelhante ao deferimento da mesma, considerando-se sempre o melhor interesse das crianças. Senão vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - **PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES - GUARDA COMPARTILHADA - CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA - CRIAÇÃO SOB O INFLUXO DE AMBOS OS PAIS - FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA - MUDANÇA QUE TRAGA BENEFÍCIOS PARA O MENOR - ALIENAÇÃO PARENTAL** - O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*. - As mudanças impostas pela sociedade atual, tais como inserção da mulher no mercado de trabalho e a existência de uma geração de pais mais participativos e conscientes de seu papel na vida dos filhos, vem dando a ambos os genitores a oportunidade de exercerem, em condições de igualdade, a guarda dos filhos comuns. Além disso, **com a nova tendência de constitucionalização do direito de família, da criança e do adolescente, a questão da guarda deve ser analisada atualmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres e supremacia do melhor interesse do menor.** - Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. - Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao

exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada. - Para sua efetiva expressão, a guarda compartilhada exige a custódia física conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos. – se um dos genitores quer mudar de cidade ou de Estado, para atender a interesse próprio e privado, não poderá tal desiderato sobrepujar o interesse do menor. Só se poderia admitir tal fato, se o interesse do genitor for de tal monta e sobrepujar o interesse da criança. (TJ-MG - AC: 10210110071441003 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes Data de Julgamento: 30/07/2015, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/08/2015)⁵ (grifo nosso)

Nessa sentença do colendo TJMG percebe-se que a principal preocupação do juiz foi com o bem estar dos filhos, conforme restou demonstrado ao longo do trabalho, bem como com o direito dos pais de participarem conjuntamente da criação de sua prole. Tudo no escopo de evitar a ocorrência da Alienação Parental, que no caso demonstrado se caracterizaria pela mudança de Estado de um dos genitores, o que acabaria causando a criação monoparental das crianças, já que o outro não poderia visitá-las regularmente em razão da distância que os separaria.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE ENTRE OS GENITORES. ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADO PELA GENITORA. MANUTENÇÃO DO LAR DE REFERÊNCIA MATERNO. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. GUARDA COMPARTILHADA. 1. A prática da alienação parental perpetrada pela mãe pode acarretar para o menor prejuízos em seu desenvolvimento psicológico. Ademais, a prática dessa reprogramação da criança fere o seu direito fundamental à convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e constitui abuso moral contra a criança. Tal prática é fortemente repelida por nosso ordenamento jurídico, devendo o alienante estar atento quanto ao bem estar físico e psicológico da criança, sob pena de arcar com as consequências de atos por ele praticados e que possam prejudicar o menor, seja de forma direta ou indireta. 2. Na espécie, a despeito da comprovada alienação parental praticada pela mãe e das sanções que o ato enseja, é importante realizar um juízo de proporcionalidade entre as disposições legais e o princípio do melhor interesse da criança. Determinar a mudança para o lar paterno, apesar de ser cabível legalmente, pode ser traumático para a criança, pois durante o curso do processo restou demonstrado que o filho sempre residiu com a mãe e já passou meses sem ter contato com o pai. Neste momento, ampliar o regime de visitas do pai e construir paulatinamente uma relação mais amorosa com o filho pode amenizar os efeitos deletérios da alienação no estado psicológico da criança e, aos poucos, resgatar relação entre eles. 3. No processo de ponderação entre as sanções legais e o princípio constitucional do melhor interesse da criança, da proteção integral e preservação da sua dignidade, vislumbra-se que a manutenção do lar de referência materno atende melhor às necessidades do infante, ressaltando que

⁵ Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216625272/apelacao-civel-ac-10210110071441003-mg/inteiro-teor-216625373>> acesso em 18 de outubro de 2017

se a mãe permanecer recalcitrante em seu intento de destruir a figura paterna, bem como inviabilizar a reaproximação dos laços afetivos entre eles, a situação poderá ser alterada, inclusive com a cominação da sanção de suspensão do poder familiar. 4. Ao realizar o juízo de ponderação entre as sanções previstas na lei e o princípio do melhor interesse do menor, este deve preponderar. A análise deve ser feita por meio de método comparativo entre os custos e benefícios da medida examinada, realizada não apenas por uma perspectiva estritamente legalista, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores. 5. **"Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um.** (art. 1.586 do CC/2002)". (TJ-DF 20130111783455 - Segredo de Justiça 0047438-51.2013.8.07.0016, Relator: CARLOS RODRIGUES Data de Julgamento: 14/12/2016, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 24/01/2017. Pág.: 736/791) (grifamos) ⁶

Aqui o relator deixa claro como a prática da Alienação Parental pode prejudicar as crianças que são expostas a ela, chamando também a atenção para a guarda compartilhada, que, no caso, se apresenta como sendo o melhor remédio contra as atitudes alienantes da genitora, que tentava descaracterizar a figura paterna por meio do descrédito de sua personalidade junto aos filhos. Observe-se ainda que a sentença dispõe sobre a ampliação gradativa do regime de visitas a fim de reconstituir a relação entre pai e filhos, que vinha sendo desgastada pela prática da Alienação Parental por parte da mãe.

GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. **A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie.** 4. **Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda.** 5. (TJ-RS – AI: 70065115008 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Data de julgamento: 13/07/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/07/2015). (grifamos) ⁷

Neste caso o Tribunal demonstra como a modificação da modalidade de guarda deferida pode ser uma solução no combate à Alienação Parental.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA - PREPONDERÂNCIA DO DIREITO/INTERESSE DO MENOR - _ESTUDO

⁶ Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425612763/20130111698702-segredo-de-justica-0044829-9520138070016>> acesso em 18 de outubro de 2017

⁷ Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ALTERA%C3%87%C3%83O.+CABIMENTO>> acesso em 18 de outubro de 2017.

PSICOSSOCIAL - NÃO DEMONSTRADA A ALIENAÇÃO PARENTAL OU O DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE VISITAS - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A melhor doutrina e a atual jurisprudência específica, inclusive deste Tribunal, estão assentadas no pressuposto de que, **em se tratando de guarda de menor, "o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio"** (Agravado nº 1.0000.00.234555-1/000, Rel. Des. Francisco Figueiredo, pub. 15/03/2002). Nesse sentido, se o estudo psicossocial realizado nos autos demonstra que inexistem indícios de alienação parental por parte da genitora da criança ou mesmo de descumprimento do anterior acordo que deferiu ao pai o direito de visitas à filha, correta está a decisão agravada, que deve ser mantida, indeferindo-se o pedido de fixação de guarda compartilhada. (TJMG - Agravo de Instrumento - Cv 1.0079.10.030192-2/002, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/02/2011, publicação da súmula em 25/02/2011)⁸ (grifamos)

Esta decisão, proveniente de 2011, um ano após a publicação da Lei de Alienação Parental, já repele o deferimento da guarda compartilhada, visto que a ocorrência da Alienação Parental não foi comprovada. Ou seja, considerando o melhor interesse da criança como o pilar básico para o deferimento da correta modalidade de guarda, o Tribunal preferiu não deferir a guarda compartilhada, já que ela seria eficiente somente no caso da respectiva comprovação da Alienação Parental nos autos. Assim, não havendo alienação, não há que se falar em modificação da modalidade de guarda adotada pelo juízo.

Assim, por todo o exposto no decorrer do trabalho e especialmente neste último capítulo, percebe-se que a questão da modalidade de guarda deferida interfere drasticamente no modo como os pais criarão seus filhos após o divórcio/separação. Sendo que a guarda compartilhada acaba se tornando o melhor remédio contra diversos problemas surgidos da separação do casal, especialmente a Alienação Parental. Nas sentenças analisadas pode-se notar o quanto esse fato é afastado pelo direito brasileiro, bem como a ciência de nossos tribunais em relação ao problema, tanto que já existem precedentes relacionados com a Alienação Parental até mesmo no STJ.

8

Disponível

em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+MODIFICA%C3%87%C3%83O+DE+GUARDA+Antecipa%C3%A7%C3%A3o+de+Tutela>> acesso em 15 de outubro de 2017

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o acima exposto, conclui-se que na antiguidade a família era totalmente submetida aos mandos do *patriarca*, que tinha o poder absoluto de tomar decisões sobre os seus descendentes, pelo simples fato de ser o originador da família.

Com o surgimento das sociedades humanas mais numerosas, os laços de consanguinidade foram se tornando cada vez mais fracos, sendo que o casamento passou a ser a única forma de se constituir uma família, tendo como objetivo apenas a procriação.

Com o passar do tempo o Estado percebeu que a família era a mais importante organização social. Desse modo, iniciou-se uma mudança no modo de considerar a família, que se tornou instituto da sociedade, deixando de ser o ente produtivo de antigamente, para se tornar alvo da proteção por parte do Estado.

Até pouco tempo o casamento era a única forma de se constituir uma família no Brasil e possuía a proteção do ordenamento jurídico. Entretanto a Constituição Federal de 1988 introduziu uma nova realidade ao Direito de Família, reconhecendo como entidade familiar, além do casamento, as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

Assim, atualmente compreende-se a família de modo completamente diverso dos tempos antigos, já que hoje a afetividade importa muito mais do que a consanguinidade para que seja reconhecida a entidade familiar.

Demonstrou-se ainda que a Alienação Parental é uma situação bastante antiga e recorrente. Ela ocorre quando um dos ex-cônjuges passa a afastar o(s) filho(s) do outro em razão da prévia separação/ divórcio do casal. Trata-se de um fato muito comum que progrediu em conjunto com o aumento do número de separações judiciais e divórcios, tendo se tornado um verdadeiro problema social.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes foram reconhecidos como sujeitos de direitos aos quais o Estado e toda a população devem prestações positivas. Além disso, criou-se a proteção integral as crianças e

adolescentes, que vem prevista tanto no artigo 227 da Constituição quanto nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei da Alienação Parental veio fortalecer tal sistemática e foi criada em resposta aos inúmeros casos de Alienação Parental que chegavam ao Judiciário. Trata-se de uma Lei especial que rege a matéria, definindo o que vem a ser e como se dá a prática da Alienação Parental, além de criar mecanismos sancionadores da mesma. O que já foi uma grande evolução no tratamento do problema.

A proteção integral que a legislação garantiu para crianças e adolescente consolidou o direito que os filhos têm de ser amparados e cuidados pelos pais sempre que possível. De maneira que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pai e mãe tornaram-se solidariamente responsáveis pelo cuidado com os filhos, dirigindo e comandando a família em igualdade de condições, mesmo que a convivência matrimonial já tenha acabado.

Seguindo este entendimento, o legislador criou a guarda compartilhada, que é o instituto pelo qual ambos os genitores ficam responsáveis pelos filhos do antigo casal nos casos de rompimento do vínculo conjugal. Ela passou a ocorrer no Brasil em meados da década de 1980, quando ainda era chamada de *custódia conjunta* e ocorria principalmente por intermédio de acordos homologados em juízo.

Contudo, mesmo ocorrendo com grande frequência, ela só foi legalmente reconhecida a partir da Lei 11.698 de 06 de julho de 2008, que alterou alguns artigos do Código Civil relativos à guarda dos filhos, instituindo e disciplinando a guarda compartilhada.

Assim, por intermédio desse modelo de guarda, os pais podem decidir conjuntamente todos os aspectos da vida dos filhos, mesmo habitando lares diferentes. Desse modo, mesmo que nenhum dos genitores possua a guarda física definitiva da(s) criança(s), ela(s) poderá(ão) gozar da proximidade com ambos, vivendo o máximo possível como se a relação conjugal de seus pais não tivesse acabado.

Entende-se que grande parte dos motivos que ensejam a Alienação Parental encontra abrigo no distanciamento surgido entre os pais após a separação/divórcio,

pois eles passam a conviver e educar os filhos de maneira totalmente diferente da que faziam durante constância da relação conjugal. Assim, caso se torne possível evitar que um dos genitores seja depreciado pelo outro na guarda e/ou nas visitas, a Alienação Parental perderá espaço, visto que a convivência familiar será mais parecida com a que existia durante a relação conjugal, o que pode coibir a ação depreciadora de um dos genitores em desfavor do outro, além de evitar o enfraquecimento dos laços de parentesco entre pais e filhos.

Além disso, conforme visto acima, a guarda compartilhada é a modalidade que mais resguarda os direitos de pais e filhos por ocasião da separação/divórcio, já que permite a ambos exercitarem o convívio familiar que teria se perdido com o fim da relação conjugal.

Ademais, a guarda compartilhada apresenta outros significativos benefícios para a inibição da Alienação Parental, como a cooperação mútua entre os genitores na realização dos deveres e responsabilidades para com os filhos e a não imposição da terrível escolha de ter de morar com apenas um dos pais.

Portanto, a guarda compartilhada proporciona uma relação de igualdade entre ambos os genitores, eliminando todos os possíveis conflitos decorrentes das demais modalidades de guarda, bem como reduzindo drasticamente a ocorrência da Alienação Parental.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Ingrith Gomes. **Uma releitura da guarda compartilhada à luz do direito brasileiro**. Belo Horizonte, 2007. 122f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

ALVES, Júlio Henrique de Macêdo. **A evolução nas definições de família, suas novas configurações e o preconceito**. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica#_ftn7> acesso em 12 de agosto de 2017

AMARAL, Francisco. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: LTr,2011;

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BARROS MONTEIRO Washington de. **Curso de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROS, S. R. **O Direito ao afeto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

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

_____, Lei nº 12.318 (2010). **Lei da Alienação Parental**. Brasília, DF, Senado.

_____, Lei 10.405 (2002). **Código Civil Brasileiro**. DF, Senado.

_____, Lei nº 8.069 (1990). **Estatuto da Criança e do adolescente**. Brasília, DF, Senado.

CALDERAN, T. B., DILL, M. A. **Poder familiar: Mudança de conceito**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8722&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica. Acesso em: 13 Nov. 2017

CUNHA, Tâmara Moraes da. **Alienação Parental x Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <<https://tamaramoraesc.jusbrasil.com.br/artigos/187848400/alienacao-parental>> acesso em 07/08/2017.

DIAS, Arlene Mara de Souza. **Alienação parental e o papel do judiciário**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº. 321, p. 46, jun. 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2013.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte. 2009.

FIUZA, Cesár. **Direito Civil: curso completo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FONTES, Simone Roberta. **Lei nº. 11.698/08: a guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> acesso em 16 de outubro de 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

GARDNER, R. A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, Nova Iorque, 2002. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 20 de junho de 2017.

_____. **Recent trends in divorce and custody litigation.** The Academy Forum, Califórnia, 1985. Disponível em <<http://www.alienacaoparental.com.br/biblioteca>> acesso em 20 de junho de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2008.

GUILHERMANO. J. F. **Alienação Parental: Aspectos Jurídicos e Psíquicos.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2012.

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Comentários à lei de alienação parental: Lei nº 12.318/10.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2700, 22 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17871>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de família, relações de parentes, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.963.** São Paulo, Editora Atlas, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** São Paulo: Manole, 2013.

MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de Direito de Família.** Campinas: Bookseller, 2011.

MOLD, Cristian Fetter. **Alienação parental - Reflexões sobre a lei nº 12.318/2010**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 13, n. 25, p. 46-64, dez. 2011/jan. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Alienação parental: aportes conceituais, aspectos jurídicos e meios de prova**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12039> acesso em 19 de junho de 2017

OLIVEIRA, J. M. L. L. **Guarda, Tutela e Adoção**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RABELO, C. L. de A. VIEGAS, C. M. de A. R. **A alienação parental**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9269> acesso em 19 de junho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS NETO, J. A. de P. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 13 nov. 2017

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUSA, Analicia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. **Algumas questões para o debate sobre síndrome da alienação parental.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 12, n. 16, p. 42-61, jun. /jul. 2010.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos.** São Paulo: Editora LTr, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VIRGILIO, Jan Parol de Paula; GONÇALVES, Dalva Araújo. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.** Disponível em: <<http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/viewFile/150/426>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

WARSHAK, R. A. **Psychological syndromes: Parental alienation syndrome.** Expert Witness Manual, Chapter 3-32. Dallas, TX:State Bar of Texas, Family Law Section, 1999. Disponível em <<https://fc243dbe-a-62cb3a1sites.googlegroups.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/Aliena%C3%A7%C3%A3oParental>> acesso em 19 de junho de 2017

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome de alienação parental e o Poder judiciário.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Paulista – UNIP, 2008.