

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ADAILDO ALENCAR NASCIMENTO

**GUARDA COMPARTILHADA: COMO SOLUÇÃO PARA EVITAR A SÍNDROME
DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

**CAMPINA GRANDE – PB
2015**

ADAILDO ALENCAR NASCIMENTO

**GUARDA COMPARTILHADA: COMO SOLUÇÃO PARA EVITAR A SÍNDROME
DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa^a Msc Alcione Vieira
Pordeus.

**CAMPINA GRANDE – PB
2015**

-
- N244g Nascimento, Adaildo Alencar.
Guarda compartilhada: como solução para evitar a síndrome da alienação parental / Adaildo Alencar Nascimento. – Campina Grande, 2015.
56 f.
- Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FARR – Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2015.
"Orientação: Profa. Ma. Alcione Vieira Pordeus".
Referências.
1. Direito de Família. 2. Guarda Compartilhada. I. Pordeus, Alcione Vieira. II. Título.

CDU 347.61(043)

ADAILDO ALENCAR NASCIMENTO

**GUARDA COMPARTILHADA: COMO SOLUÇÃO PARA EVITAR A SÍNDROME
DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Aprovado em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Msc. Alcione Vieira Pordeus
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(Orientadora)

Prof.(a) Msc. Alana Lima de Oliveira
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(1º Examinadora)

Prof.(a) Esp. Renata Teixeira Villarim Mendonza
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(2º Examinadora)

**CAMPINA GRANDE – PB
2015**

DEDICATORIA

Dedico o presente trabalho a minha mãe Adna, aos meus irmãos Marcos, Marta e Lana, minha namorada Mabel Raquel, pelo apoio e incentivo que todos me deram, para que esse sonho se tornasse realidade.

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, pelas bênçãos alcançadas, por estar sempre presente em minha vida e permitir que eu chegasse até aqui, pois sem sua misericórdia nada podemos fazer.

A minha mãe **Adna Alencar**, pelo amor e dedicação, que sempre me incentivou e se manteve ao meu lado em todos os momentos.

Aos meus irmão **Marcos Alencar, Marta Alencar e Lana Sheila Alencar**, pelo apoio carinho e amizade.

A minha namorada **Mabel Raquel**, pelo carinho, amor e dedicação, sempre me apoiou e incentivou em todos os momentos.

A todos os meus familiares e amigos que torceram e apoiaram para essa realização.

A professora Msc. **Alcione Vieira Pordeus**, pela orientação, paciência, dedicação e contribuição para a concretização deste trabalho.

A todos os Professores pela dedicação e empenho em repassar seus conhecimentos.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse sonho. Obrigado!

O temor do Senhor é o princípio da
sabedoria

RESUMO

O presente trabalho monográfico propõe uma reflexão sobre a guarda compartilhada que, muitas vezes decorrente da dissolução da sociedade conjugal. Contudo, objetivou-se demonstrar como os nossos tribunais de justiça vêm enfrentando o tema diante do novo contexto social em que estamos inseridos. Abordando modificações significativas do instituto da guarda compartilhada, discutindo os direitos e obrigações dos pais para com seus filhos, explanando sobre as modalidades de guarda: a unilateral, a alternada e a compartilhada, apresentando, sobre esta última, as mudanças e a aplicação no ordenamento jurídico, além do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente o qual envolve o instituto da guarda. Tendo como metodologia, a pesquisa bibliográfica, a partir de uma análise sistematizada com base em pesquisas realizadas em artigos, livros, jurisprudências e, no advento da nova Lei de nº 13.058/2014, fazendo uma análise no contexto de fato e de direito. Por conseguinte, a guarda compartilhada como solução com a finalidade de se preservar o bem estar, a saúde física e psíquica das crianças e adolescentes para uma convivência saudável e harmoniosa entre pais e filhos.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Família. Lei 13.058/2014.

ABSTRACT

This monographic work proposes a reflection on joint custody that often due to the dissolution of the conjugal society. However, it aimed to demonstrate how our courts of justice have been facing the issue before the new social context in which we operate. Addressing significant modifications of the shared custody institute, discussing the rights and responsibilities of parents to their children, explaining about the custody arrangements: a unilateral, alternating and shared, with, on the latter, the changes and the application in order legal, beyond the principle of the best interests of the child and adolescent which involves the custody of the institute. With the methodology, literature review, from a systematic analysis based on surveys conducted in articles, books, case law and in the advent of the new Law No. 13.058 / 2014, making an analysis in the context of fact and law. Therefore, the shared custody as a solution in order to preserve the well-being, physical and mental health of children and adolescents to a healthy and harmonious coexistence between parents and children.

Keywords: Shared Guard. Family. Law 13.058 / 2014

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 GUARDA COMPARTILHADA.....	12
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.2 GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI 13.058/2014.....	15
2.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA.....	17
3 PODER FAMILIAR.....	20
3.1 DA AUTORIDADE PARENTAL.....	20
3.2 DIREITOS E DEVEROS QUANTO A PESSOA DOS FILHOS.....	21
3.3 SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR.....	22
4 PRINCÍPIOS BASILARES DE PROTEÇÃO ÀS FAMÍLIAS.....	24
4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	24
4.2 SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	26
4.3 DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	27
5 ALIENAÇÃO PARENTAL NAS MODALIDADES DE GUARDA.....	31
5.1 MODALIDADES DE GUARDA.....	31
5.2 SITUAÇÃO EM QUE ALIENAÇÃO PARENTAL OCORRE COM MAIS FREQUÊNCIA.....	37
6 ENTENDIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO.....	39
6.1 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO PERANTE A ALIENAÇÃO PARENTAL.....	39
6.2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO ÂMBITO FAMILIAR.....	43
6.3 RECURSOS CABÍVEIS.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal a busca de um entendimento sobre um tema que atualmente é muito discutido, a guarda compartilhada, bem como abordar as modificações significativas do instituto da guarda compartilhada com o advento da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Explanamos ainda como a nova lei de guarda compartilhada deve ajudar na forma com que a alienação parental se instaura no ambiente familiar evitando, assim, que esta cause seus malefícios. Buscamos ressaltar também a importância do princípio da igualdade entre os genitores consagrado na Constituição Federal de 1988, princípio este de grande importância nas relações conjugais e nas relações entre pais e filhos. Conforme preceitua a Constituição Federal Brasileira, a todos é assegurado o direito de ter uma família, devendo o Estado protegê-la de maneira especial em casos de conflito, que surgem na maioria das vezes, com a destituição da entidade familiar.

Com a ruptura da sociedade conjugal e afetiva, o poder familiar permanece íntegro, o que vai se modificar é o convívio diário do filho com os genitores, assim aos pais decidirão acerca da companhia e guarda dos filhos. Aos pais é conferido o poder familiar, sendo a guarda atribuída aos pais como um elemento do poder familiar. (QUINTAS. 2009).

No primeiro capítulo foram percebidos novos e relevantes aspectos com a sanção da Lei 13.058/2014 que estabelece o significado da expressão guarda compartilhada e dispõe sobre sua aplicação, sendo uma das principais mudanças no que tange a aspecto comportamental onde se desfez a “tradição” de que a guarda dos filhos automaticamente pertencia a mãe, restando ao pai o ônus de provar ser apto ao convívio com o filho.

No segundo capítulo foram traçadas algumas considerações sobre o Poder Familiar, bem com as mudanças ocorridas no âmbito da família, mudanças essas que foram determinantes para as transformações do conteúdo da autoridade parental. No terceiro capítulo traz um bem-vindo entendimento radicado em preceitos constitucionais, pois nossa Constituição de 1988 constitucionalizou vários princípios e institutos próprios do direito de família.

Neste sentido, Simone Tassinari Cardoso, preleciona:

Às vésperas do século XXI ergueu-se no sistema jurídico brasileiro um divisor de águas. A Constituição Federal de 1988 avança como resposta

social às necessidades dos indivíduos, até então excluídos da tutela jurídica. A família permanece como base de sociedade civil, merecendo especial proteção estatal, todavia altera sua essência, devendo apresentar-se de modo convergente com o Estado Social Democrático, tendo como princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana. (CARDOSO, 2004, p. 91).

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, foi efetivado, por meio da lei em comento, o princípio da igualdade que como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello “interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais”, sendo ainda constitucionalizado a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres no Direito de Família (art. 5º, inciso I da CF/88), além dos direitos da criança (a quem se deve ter maiores preocupações), tem-se assegurado o direito do pai, pois este lutava anos a fio contra algo já inculcado em nosso ordenamento jurídico que paulatinamente feria os direitos tanto da criança como do pai, atacando princípios constitucionais a todo momento. Com a entrada em vigor da lei em comento, vemos a efetivação de princípios constitucionais e no sentido legal a norma se tornando eficaz no ordenamento jurídico e em nossas relações sociais. (MELLO, 1984, p. 17-18).

No capítulo seguinte verificou a ocorrência da síndrome da alienação parental no âmbito das relações conjugais desfeitas e o prejuízo causado à psique da criança que vivencia esta prática. Tomando por base esta premissa, aferiu-se que para que a criança tenha um desenvolvimento psicológico saudável se faz necessário que o ambiente de convívio afetivo esteja livre da prática de alienação parental, seja por um dos genitores ou parentes que venham a ter a guarda da criança. Deve-se frisar também que além da criança existe uma outra vítima, a saber, o outro cônjuge ou parente, o qual foi direcionado à alienação. Como se verificou no presente estudo, os transtornos psicológicos causados pela alienação parental se apresentam como depressão crônica, ansiedade, tendência para o uso em excesso de álcool e drogas e, em alguns casos, tendência para o suicídio, dentre outros transtornos.

2 GUARDA COMPARTILHADA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em tempos pretéritos a Lei 11.698, de novembro de 2008, veio com o intuito de tornar o instituto da guarda compartilhada a solução do principal problema causado pela dissolução do vínculo matrimonial, a falta de contato entre pais e filhos, que por consequência, teria inevitáveis sequelas na vida dos menores. No entanto, o que ocorreu foi algo totalmente diferente. Longe do resultado que se esperava.

Em 22 de dezembro de 2014, a Presidente da República, Sra. Dilma Rousseff, sancionou a nova Lei nº 13.058/2014, que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do vigente Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), os quais já versavam sobre a guarda compartilhada aos genitores e sua aplicabilidade na prática.

No artigo 1.584, §2º, o Código Civil Brasileiro já preceituava a aplicação da guarda compartilhada aos pais, sempre que possível, uma vez que, ainda que separados, os genitores deveriam continuar como responsáveis pela manutenção, convívio, educação e criação dos filhos comuns, em favor das próprias crianças, as quais se beneficiariam com a presença dos genitores, conforme determina a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 do (ECA) e na Constituição Federal.

Conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

Artigo 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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.

No entanto, o que ocorria na prática, era que na maioria das situações judiciais, havia litígio entre os pais, ou seja, uma relação desrespeitosa e desarmoniosa, sem obter um acordo quanto a definição da guarda dos filhos, cabendo ao magistrado determinar, na maioria das vezes, a guarda unilateral a um dos genitores sendo que em maior proporção concedido às mães em detrimento aos pais. Contrariando a nossa Carta Magna, pois dispõe que todos são iguais perante a lei, seja homem ou mulher, mas desde que, no caso da concessão da guarda, tal genitor demonstre possuir melhores condições para exercer a guarda do filho.

Contudo, antes do advento da Lei nº 13.058/2014, mesmo já existindo a guarda compartilhada, a guarda unilateral predominava no judiciário, isto ocorria por falta de estabilidade emocional entre os genitores, que não chegavam a um acordo quanto a concessão da guarda, conforme alguns julgados. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – DIVÓRCIO LITIGIOSO GUARDA E RESPONSABILIDADE – GUARDA UNILATERAL CONCEDIDA À MÃE – INCAPACIDADE DE CONVIVÊNCIA DO PAI COM OS FILHOS SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS DO PAI AOS FILHOS – PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Nos termos da jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça, a guarda compartilhada somente é possível de ser concedida quando os pais, mesmo separados, mantêm uma boa convivência e diálogo, a fim de permitir a preservação do melhor interesse das crianças.

2. No caso concreto, a fim de resguardar a incolumidade física e psíquica dos infantes, mostra-se plausível a manutenção da guarda exclusiva à mãe, bem assim a suspensão do direito de visitas do pai aos filhos menores, até que o genitor apresente, doravante, equilíbrio emocional, com aceitação da separação conjugal e, principalmente, comportamento de afetividade e proteção às crianças, condições estas que podem ser alcançadas mediante “acompanhamento psicoterápico individual, de base sistêmico-relacional fora do âmbito judicial, por tempo indeterminado como forma de superar o sofrimento que se presentifica no convívio com os filhos. Parecer Técnico.

3. Recurso conhecido e provido. (TJDF. Apelação Cível nº 20100111454125. 3ª Turma Cível. Desembargadora Relatora Silva Lemos. Publicado no DJe em 06/11/2014).

Oportuno se torna dizer que, antes do advento da Lei nº 13.058/2014, a guarda unilateral era habitualmente adotada pelos magistrados, pois o que era

observado para conferir a guarda compartilhada a um dos genitores era a ausência de litígio, o que geralmente não ocorre quando o casal parte para a dissolução da sociedade conjugal, conforme depreendemos pelo julgado do Desembargador Lamberto Sant'Anna, in verbis:

"GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido."
(TJMG. Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000. Publicado no DJe em 24/10/2003).

Outro entendimento não poderia ser contrário ao do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme verificamos em recente julgado, senão vejamos:

"GUARDA. TUTELA ANTECIPADA. COMPARTILHADA OU UNILATERAL. INTENSA LITIGIOSIDADE. 1- Decisão não acolheu, em tutela antecipada, pedido do pai de guarda compartilhada. 2- O alto grau de litigiosidade entre os pais da criança não autorizam, pelos elementos trazidos no agravo, a modificação da guarda unilateral da mãe para a forma compartilhada. 3- Recurso não provido".
(TJSP. Agravo de Instrumento nº 0140557-86.2013.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Alexandre Lazzarini. Publicado no DJe em 05/02/2014).

Contudo, conforme a atual Lei vigente de nº 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), dispõem que o magistrado deverá priorizar o instituto da guarda compartilhada mesmo quando não haja consenso entre os pais e mesmo quando não haja um relacionamento harmonioso entre eles, com exceção quando um dos genitores declarar expressamente o seu desejo de não compartilhar a guarda da criança ou quando o juiz, de forma justificada, opinar pela guarda unilateral. O qual será analisado em capítulos específicos para o tema.

2.2 GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI 13.058/2014

Dentre várias modalidades de guarda existem dois tipos principais de guarda que estão inseridas em nosso ordenamento jurídico no que se refere à proteção da pessoa dos filhos menores, a saber, a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Conforme exposto em seu artigo 1.583, § 1º do Código Civil de 2002, em sua primeira parte, a guarda unilateral é conceituada da seguinte forma: “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua [...]” (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, art.1583, § 1º). Este tipo de guarda era regra prevista antes da Lei 13.058/14, a qual consiste basicamente em conferir a um dos cônjuges a guarda do filho menor, sendo regulamentada as visitas do outro cônjuge ao filho.

Conforme preleciona Gonçalves:

“Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor de convivência diária e contínua de um dos genitores.” (GONÇALVES, 2014 p. 492).

Na segunda parte do o artigo 1.583, § 1º do Código Civil de 2002 está exposto o conceito de guarda compartilhada “[...] 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” (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, art.1583, § 1º).

Neste sentido, é notável a preocupação do legislador em incluir como possuidores do poder familiar, os genitores, de maneira a criar deveres e responsabilidades solidárias, reequilibrando papéis parentais, criando um ambiente melhor possível para uma convivência harmoniosa, saudável e sem prejuízo às relações afetivas, ao desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente, atribuindo direitos iguais aos cônjuges após o fim da sociedade conjugal ou separação.

“É o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato” (DINIZ, 2002, p.503).

Já Santos Neto (1994), preleciona que guarda compartilhada se trata de Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e

da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação.

Contudo Grisard Filho (2002):

Conceitua que guarda compartilhada significa que ambos os pais possuem os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Complementa o jurista Eduardo Leite:

Entretanto guarda conjunta quer é conservar – em princípio – os mesmos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura. [...] o exercício alternado da autoridade parental [...]. Pode passar por um período com a mãe e, igualmente, com o pai [...]. A residência continua sendo única, o que não impede os deslocamentos da criança. (LEITE, 1997 ; p. 270 a 283).

Em resumo, à possibilidade dos genitores separados assistirem aos seus filhos, no exercício em comum da autoridade parental. Dado o exposto, o objetivo da guarda compartilhada consiste em assegurar que o tempo de convivência com os filhos seja dividido de forma "equilibrada" entre os genitores (LEITE, 1997).

Entretanto, com as mudanças da redação trazidas pela Lei 13.058 que modificou os artigos 1.583 § 2º, do qual foram revogados seus incisos I, II e III; artigo 1.584 §2º, §3º, §4º, §5º, e §6º; artigo 1.585; e artigo 1.634 todos do Código Civil]. Especificamente a mudança ocorrida foi a regra geral referente a guarda dos filhos menores, pois com a edição da referida lei, a guarda compartilhada torna-se a regra geral quando não houver consenso entre os pais no que se refere a posse da guarda dos filhos, sendo descartada somente em casos excepcionais.

No entanto, os pais se responsabilizarão de forma conjunta pelas decisões tomadas sobre a criação e a educação dos filhos, bem como o tempo de convívio entre os pais e a criança, havendo uma maior participação entre os genitores, sempre observando o melhor interesse da criança e também levando em consideração a situação fática a qual o caso concreto esta inserido. O juiz deverá, ainda, firmar em qual local será o de moradia “sendo aquela que melhor atender aos interesses dos filhos” (BRASIL, Código Civil, art1.583§ 3º, 2002).

“A guarda compartilhada não é obrigatória "se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor” (BRASIL. Código Civil, art. 1584§ 2º).

O Magistrado, ainda observará os aspectos fáticos do caso concreto em consideração, qual será a forma mais adequada de guarda. Em tese, se os genitores apresentam condições e devidamente após a consulta prévia de uma equipe interdisciplinar de profissionais, “o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe”. (BRASIL. Código Civil, art.1584, § 3), para assim “[...] estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada,[...] (BRASIL. Código Civil, art. 1584, § 3).

Portanto, a guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada, pois esta no Brasil, sequer tem possibilidade jurídica de ser aplicada. Alternância de guarda seria o filho passar tempo determinado com um ou com outro genitor, enquanto aquela a criança ou adolescente mora com um dos pais, mas não há regulamentação de visitas nem limitação de acesso à criança em relação ao outro, as decisões são tomadas em conjunto e ambos dividem responsabilidades quanto à criação e educação dos filhos pela manifestação do poder familiar e da guarda da criança de forma simultânea por ambos os genitores ao mesmo tempo.

2.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA

O Estatuto da Criança e do adolescente – ECA – Lei 8.069/1990, no art. 2.º, informa que, considera-se criança para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquele que entre doze e dezoito anos de idade.

Veja-se que o Estatuto, portanto, vai além da Convenção sobre os Direitos da Criança, para a qual toda pessoa com menos de dezoito anos é criança, sem fazer distinção em relação aos adolescentes, o que não significa contrariar a norma de direito internacional. Além disso, a Convenção deixou aberta a possibilidade de os Estados partes considerarem atingida a maioridade antes dos dezoito anos de idade, opção não adotada pelo ordenamento brasileiro. (CUNHA; LÉPORE; ROSSATO, 2010).

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

Acerca da garantia do melhor interesse da criança, Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas assegura que “defender os interesses das crianças significa não apenas defender sua saúde física, mas também colocar em suas mãos a oportunidade de conhecimento e à riqueza do amor de ambos os pais”. (QUINTAS, 2010, p. 63)

A criança e o adolescente tem direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Destacando-se a importância do referido Estatuto para o aprimoramento da proteção às crianças e adolescente, onde traz como direitos fundamentais à vida, à saúde, à liberdade, o respeito, à dignidade, o direito à convivência familiar e comunitária, como pode ser verificado a partir do art. 7º da Lei 8.069/1990.

Referem Murilo Digiácomo e Ideara Digiácomo (2010, p. 05) acerca do artigo 3º do ECA, que “Tal disposição é também reflexo do contido no art. 5º, da CF/88, que ao deferir a todos a igualdade em direitos e deveres individuais e coletivos, logicamente também os estendeu a crianças e adolescentes”.

Já o artigo 4º da lei em comento, informa que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- 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 (Lei 8.069/1990, art. 4º, parágrafo único).

Ainda, conforme o artigo 98 da Lei em comento:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Sobre o dispositivo acima referido, asseveram Murilo Digiácomo e Ildeara Digiácomo.

A clareza do dispositivo em determinar que crianças e adolescentes não apenas recebam uma atenção e um tratamento prioritários por parte da família, sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, mas que esta prioridade seja absoluta (ou seja, antes e acima de qualquer outra), somada à regra básica de hermenêutica, segundo a qual 'a lei não contém palavras inúteis', não dá margem para qualquer dúvida acerca da área que deve ser atendida em primeiríssimo lugar pelas políticas públicas e ações de governo, como aliás expressamente consignou o parágrafo único, do dispositivo sub examine.(DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2010, P.06)

“Art. 130, verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum” (ECA, 2014, p. 1057).

Percebe-se através desses dispositivos de lei, que existe uma preocupação por parte do legislador em proteger a integridade física e mental da criança e do adolescente, como visto no artigo 98, as medidas de proteção serão aplicadas sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados, observe-se que nem precisa ser violado, bastando apenas que tais garantias protetivas sejam ameaçadas, com isso, pretende-se cortar o mal antes que ele se prolifere.

O art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata do acesso à justiça, aduzindo que, é garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos. Ainda de acordo com o parágrafo do mesmo artigo, à criança e ao adolescente, é assegurada a assistência judiciária gratuita aos que dela necessitar por intermédio da Defensoria Pública ou através de advogado nomeado. O parágrafo segundo dispõe que, as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

3 PODER FAMILIAR

3.1 DA AUTORIDADE PARENTAL

O poder familiar faz referencia ao conjunto de direitos e deveres a serem exercidos pelos pais inerentes à pessoa dos filhos menores não emancipados e aos seus bens, tendo em vista à proteção dos interesses dos filhos, protegendo e educando.

Nos dizeres de Grisard Filho (2009) traz o conceito formado por José Antônio de Paula Santos Neto, o qual atribui ao poder familiar ao antigo poder ou *pátria potestas*.

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar. (FILHO, 2009, p.35)

No Código Civil de 1916 o poder familiar era atribuído à pessoa do marido, o qual era considerado chefe da família, no entanto, poderia ser exercido pela mãe em algumas ocasiões específicas o qual a mulher comandava esta sociedade, entretanto, todas as decisões referentes aos filhos deveriam ser tomadas pelo chefe da família.

Com o advento da Lei 4.121/62, é importante observar que o exercício do pátrio poder foi conferido como sendo de competência de ambos, havendo divergências entre os pais, o que era decidido pelo genitor era o que prevaleceria, restando a mãe em desacordo o direito de recorrer a justiça.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo o poder familiar conferido a ambos os genitores simultaneamente, exercendo tanto o pai quanto a mãe, o poder de para decidir sobre questões referentes aos filhos menores, sem que o direito de um interfira sobre o direito do outro.

3.2 DIREITOS E DEVERES QUANTO À PESSOA DOS FILHOS

Conforme dispõe a nossa carta magna de 1988, em seu art. 227, o qual trata os direitos fundamentais da criança e do adolescente como prioridades absolutas, quando estabelece como sendo dever não somente da família, mas também do Estado e da sociedade, assegurar “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”.

E importante frisar que, as responsabilidades parentais tratadas no art. 229 da Constituição Federal, trata como princípio constitucional o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Encontram-se presentes também em dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil de 2002 e do Código Penal os deveres fundamentais que constituem o poder familiar.

O poder familiar dos pais é estabelecido pela sociedade em virtude da parentalidade e visando o interesse dos filhos, pois os deveres e as obrigações derivadas do poder familiar transcendem à existência ou não do casamento. E neste sentido, Waldyr Grisard Filho assevera que “pai e mãe são, conjunta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do exercício do poder familiar, como efeito da paternidade e da maternidade e não do matrimônio ou da união estável.” (GRISARD FILHO, 2009, p. 46).

Portanto, destacam-se dentre eles, a manutenção dos filhos menores, dirigir-lhes a criação, e a educação, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conceder ou negar-lhes consentimento para casarem, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município, 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, - 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, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

3.3 SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR.

Conforme dispõe no Código Civil de 2002:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Na redação do art. 1637 do Código Civil Brasileiro, a suspensão, impede temporariamente, o exercício do poder familiar. No entanto, podemos observar que existem três hipóteses de suspensão do poder familiar, vejamos: descumprir com os deveres; causar ruína dos bens dos filhos; ser condenado por sentença da qual não caiba mais recurso, em crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão, a lei estabelece uma suspensão automática do exercício do poder familiar, com fim de proteção do filho menor, que deverá ser amparado por pessoa idônea durante o período de cumprimento da pena pelo pai ou mãe (nesse sentido: TJSP, Ap. Cível nº 9287177-84.2008.8.26.0000, 6ª câm. de Dir. Priv., rel. Des. Percival Nogueira, j. 18.12.2008). Cessada essa causa suspensiva, o poder familiar será retomado.

Disposto no art. 1.635 CC, 2002. Extingue-se o poder familiar:

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

No tocante a extinção, nos três primeiros incisos do art. 1635 do CC, são apontadas as causas naturais de extinção do poder familiar, morte dos pais ou dos filhos, emancipação, advento da maior idade. O inciso IV se refere a adoção em que a sentença que a concede, extingui o poder familiar dos pais de sangue e consequente estabelece para os novos genitores. A última hipótese trata da extinção do poder familiar por sentença judicial proferida em ação destitutória.

A morte de um dos pais faz concentrar, no sobrevivente, o poder familiar. A emancipação dá-se por concessão dos pais, mediante instrumento público, dispensando-se homologação judicial, se o filho contar mais de 16 anos. Dentre essas causas de cessação do poder familiar, devemos analisar o instituto da adoção, vez que esta, além de extinguir o pater famílias dos genitores carnavais, transfere-o ao adotante, de maneira irrevogável e definitiva.

A perda por decisão judicial (art. 1638 do CC), por sua vez, depende da configuração das seguintes hipóteses: castigo imoderado do filho; abandono do filho; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar. A quarta hipótese não existia no Código anterior. Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho.

Como resquício do antigo pátrio poder, persiste na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo "moderado" dos filhos. O novo Código, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer. Portanto o poder familiar é uma instituição essencial no Direito de Família o qual os genitores tem direitos e obrigações perante os filhos, devendo eles serem respeitados sob pena dos pais perderem o poder familiar que exercem sobre seus filhos menores.

4 PRINCÍPIOS BASILARES DE PROTEÇÃO ÀS FAMÍLIAS

4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A nossa Constituição Federal, traz uma especial proteção ao instituto da família, ao idoso, ao jovem, à criança e o adolescente, e para sociedade em geral.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento precípua da nossa Constituição Federal de 1988, o qual deve obrigatoriamente ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares (LISBOA, 2002, p. 40).

“Assim, as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade” (LISBOA. cit., p. 40).

Ademais, de acordo com a nossa Carta Magna em seu artigo 226, podemos visualizar essa especial proteção dispensada à família que assim dispõe:

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

§ 2º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 5.º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

§ 7.º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas.

§ 8.º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violação no âmbito de suas relações.

De certo, após a promulgação da Carta Política e Jurídica de 1988, a família passou a ser vista desempenhando a sua principal função, através da contemplação do direito posto, que nada mais é do que o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da não utilização de preconceitos de origem ou de condição, não mais se emitindo, portanto, qualquer juízo de valor, valorizando-se assim tão somente o juízo de existência (HINORAKA, 2000).

Consagrado, expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º., inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SANTOS, 2006).

Segundo Gustavo (2002), com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados pelo texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Assim, tal cláusula deve, inevitavelmente, reger todas as relações jurídicas reguladas pela legislação infraconstitucional, de qualquer ramo do direito, e principalmente, do direito de família.

Já que “é um ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social” (VENOSA, 2005, p. 26).

Como pode se observar o capítulo VII, da nossa Constituição Federal a partir do seu artigo 226, trata da proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, percebe-se claramente pela leitura do artigo em comento, que a Constituição Federal impôs ao Estado o dever de proteção à família aduzindo, ainda, que esta é à base da sociedade, e que tem um papel fundamental para a sociedade em geral, e não somente para cada indivíduo em particular.

4.2 SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Cumpra ainda destacar que o dever de proteção à família, não é um dever apenas do Estado, mas também, aos próprios membros do grupo familiar, conforme expõe o artigo 229, da Carta Magna que consagrou o princípio da solidariedade entre ascendentes e descendentes, estabelecendo 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.

Tal princípio decorre do princípio da solidariedade social (artigo 3º, inciso, I, da CRFB) e pode ser observado sob seus ângulos interno e externo. Se for observado externamente, pode-se dizer que cabe ao poder público, assim como à sociedade civil, a promoção de políticas públicas que garantam o atendimento às necessidades familiares dos pobres e excluídos. Contudo, se for analisado internamente, percebe-se que cada membro componente de um determinado grupo familiar tem a obrigação de colaborar para que os outros membros da família obtenham o mínimo necessário para o seu completo desenvolvimento biopsíquico (LISBOA, 2002, p. 47).

O afeto deve ser entendido como sendo o vínculo emocional que se origina dos sentimentos que ligam os integrantes de uma família e que o respeito, por sua vez, deve ser compreendido como o valor que se atribui a um determinado parente, respectivamente (LISBOA, 2002, p. 45).

Ainda conforme a Constituição Federal, como se verifica do art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta propriedade, 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, e aduz em seus parágrafos seguintes:

Art. 227, § 1.º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

[...];

VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídio, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins;

§ 4.º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

[...]

§ 6.º os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2014, P. 74).

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2014, P. 74).

“Art. 229 – Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2014, P. 74).

Como visto, pelo princípio da solidariedade familiar, os membros do grupo familiar têm um dever de cuidado entre si, como o dever de os pais criarem e educar os filhos enquanto menores, assim como os filhos são incumbidos de prestar assistências aos pais na velhice, assim como o dever de prestar alimentos entre os parentes necessitados.

4.3 DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Oportuno se torna dizer, ainda, que de acordo o artigo 227, ao Estado foi conferido o dever de assegurar os referidos direitos de proteção às crianças, adolescentes e jovens contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Fazendo comentários à Constituição Federal, Júnior e Novelino (2012), lecionam que para fins de proteção constitucional, foram consagradas três espécies de entidade familiar. A primeira, conforme disposto no art. 226, §§ 1º e 2º, seria a família matrimonial, ou seja, aquela formalizada por meio do casamento religioso ou civil; a segunda, de acordo com o art. 226, § 3º, seria a família informal, aquela

formada a partir da união estável; A terceira, conforme o art. 226, § 4º, seria a família monoparental, formada pelo pai ou pela mãe e seus descendentes; e, ainda, uma quarta entidade familiar vem sendo reconhecida, às uniões homoafetivas, aquela formada por duas pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, a nossa Constituição Federal de 1988, passou a considerar crianças e adolescentes como titulares dos direitos fundamentais, ou seja, aqueles inerentes à dignidade, à vida, à saúde, à alimentação, a educação, ao lazer, à cultura, à liberdade, ao respeito, a convivência familiar e comunitária. Nesse sentido também, é o espírito da lei da Alienação Parental, e do Estatuto da Criança e do Adolescente que vieram, justamente, corroborar com a ideia de proteção às crianças e adolescentes.

Em harmonia com este tratamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90) substituiu o antigo modelo da “situação irregular” pela “proteção integral”, no qual as crianças e adolescentes são vistos como titulares de direitos e deveres. Com o advento da EC 65/2010, criada para proteger os interesses da juventude, os jovens também foram incluídos no artigo 227.

A emenda impôs, ainda, um dever legiferante de criação do estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens e de implementação do plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas (JÚNIOR;NOVELINO, 2012, p. 981-982).

Nesse sentido, são as lições de Santos (2006), crianças e adolescentes são sujeitos especiais porque pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, *caput*, e 5º.

Em virtude dessas considerações, é importante trazer a colação o que dispõe a Magna Carta em relação à proteção da criança e do adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Pelo exposto, percebe-se que às crianças e os adolescentes, como também jovens e idosos, e pessoas portadoras de deficiência física ou mental, gozam de uma série de proteção, ou seja, o legislador quis dar uma atenção especial, por entender que são pessoas mais vulneráveis, isso ocorre por uma série de fatores inerentes ao próprio ser humano, uns porque não têm ainda, o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas e, ou, psíquicas, outros porque já deram sua contribuição à sociedade, e por questão de idade ou de alguma impossibilidade fisiológica, necessitam de uma proteção especial tanto por seus familiares, como também pelo Estado. Assim é o que dispõe o parágrafo terceiro do artigo em comento:

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 227).

Para Lôbo (2003), tal princípio já estava previsto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, que, em suma, determinava que todas as ações relativas às crianças, deviam considerar, especialmente, o interesse maior da criança.

Em remate Barboza (2000), diz que o melhor interesse da criança e do adolescente, considerando como uma cláusula universal que se revela por meio dos direitos fundamentais da criança e do adolescente contidos na Constituição Federal.

Em virtude dessas considerações, é de suma importância que esses preceitos sejam efetivamente respeitados, visto que, no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, estes necessitam de um apoio especial da família e do Estado, pois segundo estatísticas, essa é uma fase bastante complicada, onde, encontram-se em fase de desenvolvimento, tanto físico, quanto emocional, e por isso, precisam ser bem orientadas por seus familiares, como também, poder contar com o apoio do poder público, no sentido de lhes proporcionar o acesso à educação, ao lazer, à saúde, ao trabalho, à cultura, e também, promover meios mais eficazes para ressocialização dos menores infratores, através das medidas acima referidas.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL NAS MODALIDADES DE GUARDA

5.1 MODALIDADES DE GUARDA

O Estado se empenha para manter a família unida de forma permanente, como sendo esta a base da sociedade e tendo especial proteção do Estado. Ocorre que nem sempre isso acontece, devido ao desfazimento da sociedade conjugal que é cada vez mais comum na sociedade. Entretanto, em vários casos constatados, dificilmente a dissolução do vínculo conjugal ocorre de forma consensual, causando conflitos para a relação familiar, em razão disso, os atos de alienação parental decorrem das disputas entre os genitores pela guarda dos menores, quando da separação do casal em que ambos têm interesse em ter os filhos menores sob seus cuidados. Os motivos que levam os genitores a travarem disputas intermináveis pela guarda da criança ou do adolescente são muitos e variam de acordo com o perfil do casal.

Conforme preleciona Berenice Dias sobre o tema:

Não adianta, todos sonham com a perenidade dos vínculos afetivos: até que a morte os separe!
Assim, difícil aceitar que o amor pode ter um fim.
E, quando tal ocorre, na maioria das vezes, aquele que foi surpreendido com a separação resta com sentimentos de abandono, de rejeição.
Sente-se traído e com um desejo muito grande de vingança.
Quando não é elaborado adequadamente o luto conjugal, inicia-se um processo de destruição, de desmoralização daquele que é considerado o responsável pela separação.
Os filhos tornam-se instrumentos de vingança, sendo impedidos de conviver com aquele que se afastou do lar.
São levados a rejeitar e a odiar quem provocou tanta dor e sofrimento.
Ou seja, são programados para odiar.
Com a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimentos de orfandade psicológica.
Este é um terreno fértil para plantar a ideia de terem sido abandonados pelo genitor.
Acaba o guardião convencendo o filho de que o outro genitor não lhe ama.
Faz com que acredite em fatos que não ocorreram com o só intuito de levá-lo a afastar-se do seu pai (DIAS, 2013, p. 15).

Além dos motivos de afetividade, existem outros interesses que determinam a disputa pela guarda, como por exemplo, a questão da pensão alimentícia, infelizmente, algumas mães disputam a guarda, visando à prestação alimentícia a

que o filho faz jus. Em outras situações, a disputa pela guarda é motivada por um sentimento de vingança, aquele companheiro (a), ou ex-cônjuge, que não aceita o fim da relação, passa a utilizar os filhos, como “arma” para ferir com intuito de vingança contra o outro genitor que não detém a guarda dos menores.

É importante frisar, que existem situações inversas, quando da separação, o genitor abandona o lar, e não há interesse em ficar com a guarda dos filhos, contribuindo apenas financeiramente, nesse caso a genitora quer, de toda forma, que o pai também fique com os filhos, dividindo consigo as responsabilidades. Agindo dessa forma com o intuito de obter um pouco mais liberdade, ou até, tentar atrapalhar um novo relacionamento do outro genitor.

Insta saber, que o dever de assistência para com os filhos é de responsabilidade de ambos, independente de estarem juntos ou separados, conforme o próprio texto constitucional em seu art. 229, ao informar que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Em virtude dessas considerações, é importante trazer a colação o próprio texto da Lei acerca da guarda, mais precisamente o que diz o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 33 e parágrafos seguintes que aduz:

Art. 33 – A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1.º - A guarda destina-se a regulamentar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto de adoção por estrangeiro.

§ 2.º - Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para prática de atos determinados.

§ 3.º - A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

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

Art. 35 – A guarda poderá ser modificada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público (Lei 8.069/1990, p. 1.043).

O Código Civil traz em seu texto no art. 1.583, que a guarda será unilateral ou compartilhada. E, em seu parágrafo 1.º, consigna que, compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua (art. 1.584, § 5.º) 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.

Com a separação do casal, os filhos menores haverão de ficar sob a guarda, em regra, de um de seus genitores. No dizer expressivo de Filho (2013), a doutrina reconhece várias modalidades de guarda, que serão determinadas sempre levando em consideração, o melhor interesse para a criança e o adolescente, à guisa de exemplos vejamos algumas modalidades citadas pela doutrina:

- Guarda comum: segundo o autor, esse tipo de guarda é aquela decorrente da obrigação recíproca entre o casal, ou seja, o dever que ambos têm de criar, educar e prestar toda assistência aos filhos que estão sob seus cuidados. Ainda conforme se observa do artigo 229 da Constituição Federal, 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.
- Guarda originária e derivada: a guarda originária diz respeito a guarda natural originária dos pais, com os mesmos direitos, deveres e uma plena convivência com os filhos. Já a guarda derivada é aquela em decorrência da lei, podendo ser um tutor, como pode ser verificado da leitura do artigo 1.734 do Código Civil de 2002, ao informar que as crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos, ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.
- Guarda de fato: Essa guarda é aquela em que o detentor tem a criança ou o adolescente sob seus cuidados, independentemente de autorização judicial, por exemplo, quando os genitores se separam e deixam as crianças com os avós, ou outro membro familiar, esse guardião assume a guarda, podendo posteriormente, requerê-la provisoriamente, ou até de forma definitiva junto ao poder judiciário, haja vista que já a possui de fato, devendo o magistrado conceder a tutela, levando-se em consideração o melhor interesse para a criança e ao adolescente.

- Guarda provisória: como o próprio nome sugere, trata-se de uma guarda temporária, ocorre geralmente quando o casal já se encontra separados de fato, ou em processo de separação ou divórcio, quando ainda se discute sobre a partilha dos bens do casal, sobre pensão alimentícia, ocasião em que o julgador defere provisoriamente a guarda à um dos genitores até decisão final do processo.
- Guarda definitiva: apesar da expressão “definitiva”, essa definitividade não é absoluta, podendo a qualquer tempo ser modificada, conforme previsto no art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A chamada guarda definitiva ocorre quando há uma decisão judicial deferindo a guarda à um dos genitores, ou até mesmo a outro membro da família, dependendo das circunstâncias do caso concreto a ser verificada pelo juiz.
- Guarda por terceiros. Conforme se depreende da leitura do § 4.º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, a autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda da criança ou adolescente a terceiros não impede o direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. Posta assim a questão, é de se dizer que é perfeita possível a concessão da guarda a terceiros, principalmente na ausência ou por algum impedimento legal dos genitores, a guarda será concedida àquele que atenda o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Cumpra observar que, conforme se extrai da leitura do parágrafo 3.º, a guarda confere a criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Vale ressaltar que, na ausência dos genitores, e não havendo nenhum parente próximo, ou alguém que se interesse pela guarda da criança ou do adolescente, eles serão colocados em instituição mantida pelo Governo, ficando, portanto, sob a tutela do Estado até atingirem a maioridade, caso não apareça algum interessado pela guarda desses menores.

- Guarda alternada: ainda, conforme Grisard Filho (2013), nesse modelo de guarda, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica na alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Ou seja, nesse tipo de guarda, a criança ficará determinado período tempo em companhia de um

genitor, e outro período de tempo igual, com o outro genitor, sendo que, previamente ajustado por vontade dos pais ou por decisão judicial. O autor defende que esse tipo de guarda opõe-se ao princípio da continuidade, e que prejudica o bem-estar físico e mental da criança.

- Aninhamento ou nidação: significa dizer que nesse tipo de guarda, são os pais que se reparam, alternadamente, para ficar na companhia dos filhos, ou seja, durante um período de tempo o pai se muda para a casa onde o filho mora, depois é a vez da mãe se mudar para a casa do filho, e assim sucessivamente.
- Guarda Compartilhada: como aponta o referido autor esse tipo de guarda define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afeta os filhos. Isso quer dizer que os deveres e obrigações, como o tempo de permanência com os filhos, serão divididos entre si de forma igualitária, de maneira que não sobrecarregue excessivamente um dos pais em detrimento do outro.

A criança ou adolescente mora com um dos pais, mas não há regulamentação de visitas nem limitação de acesso à criança em relação ao outro, as decisões são tomadas em conjunto e ambos dividem responsabilidades quanto à criação e educação dos filhos. A pensão alimentícia, fixada mediante acordo entre as partes ou pelo judiciário, passa a ser obrigação do pai que detém o direito de visita.

Importante destacar que continua valendo a obrigação da pensão alimentícia para os dois tipos de guarda “A obrigação de sustentar o filho continua existindo”. No entanto, os valores poderão ser revistos, diante do aumento ou redução das despesas dos responsáveis. Veja-se ainda, o que diz o art. 1.584, do Código Civil:

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

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

§ 5.º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida considerados de preferência, grau de parentesco e as relações de afinidade afetividade (Código Civil, art. 1.584).

Mister se faz ressaltar que, o novo casamento, não implica na perda da guarda dos filhos, e que as decisões judiciais sobre a guarda dos filhos, não são definitivas, podendo ser alterada pelo magistrado a qualquer tempo, se assim se mostrar relevante para o bem estar da criança e do adolescente.

Vejamos, portanto, o que diz o nosso Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente acerca do tema:

Art. 1.588 – O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não tratados convenientemente.

Art. 1.586, do Código Civil – Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da maneira estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais (Código Civil, art. 1.584).

“Artigo. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente – A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado ouvido o Ministério Público” (Lei 8.069/1990, p. 1.044).

- Guarda unilateral: é aquela em que os filhos ficarão apenas com o pai ou a mãe, podendo também, dependendo do caso, a guarda unilateral ser concedida aos avós da criança, a um tutor ou algum outro membro da família. Tudo vai depender do cenário em que se apresente a questão, observando-se sempre o que for melhor para a saúde física e mental dos menores envolvidos.

O art. 1.583 do Código Civil, nos trás a informação de que, a guarda será unilateral ou compartilhada. Já o parágrafo segundo do mesmo artigo dispõe que, mesmo não havendo consenso entre o casal e estando ambos aptos a exercer o poder familiar, a guarda será compartilhada.

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

Art. 1.583, § 2º do Código Civil:

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

Portanto, mesmo quando a separação se dá de forma consensual, a escolha da guarda não caberá mais aos genitores decidirem. Porém, quando não há esse entendimento, surgindo, disputa pela guarda dos filhos, o caso terminará inevitavelmente nas varas de família, onde só então será decidido o tipo de guarda que melhor atenderá ao bem estar da criança e do adolescente.

5.2 SITUAÇÕES EM QUE A ALIENAÇÃO PARENTAL OCORRE COM MAIS FREQUÊNCIA

Na guarda unilateral, um dos genitores fica com a guarda, e ao outro permanece o direito de visitas e acompanhamento da vida dos filhos, tudo previamente acordado, como por exemplo, passar os fins de semana em sua companhia, retirar a criança em determinado horário e devolvê-la em horário combinado, ou seja, o genitor continuará com a responsabilidade e o dever de acompanhar seu desenvolvimento, assistindo em tudo que se fizer necessário ao bem estar dos menores.

Verificando-se, portanto, que o genitor, detentor da guarda está praticando atos de alienação parental, esta guarda, mesmo que por decisão judicial, conforme previsto na Lei 12.318/10, como um das formas de punição ao alienante, pode ser revertida em favor do outro genitor. Isso porque, as consequências da alienação parental como será mais bem analisado mais adiante, poderá acarretar sérios problemas que se desenvolverá ao longo da vida do alindado, devendo esse mal ser aniquilado o quanto antes, para que os filhos possam crescer de forma saudável e harmoniosa com seus genitores.

Como já visto, a guarda compartilhada é aquela em que será exercida por ambos os genitores, alternativamente, em que os filhos passariam determinado período de tempo e companhia do pai, e outro determinado período de tempo em companhia da mãe, tudo previamente ajustado por ambos ou por decisão judicial quando não houve consenso entre o casal.

É importante frisar, que mesmo nesse tipo de guarda poderão ocorrer atos de alienação parental por parte de um dos genitores quando em companhia dos filhos,

neste caso também, verificado atos de alienação parenta, o alienante, dentre outras sanções prevista na Lei 12.318/10, poderá perder a guarda para o outro genitor.

Contudo, Góis (2010), mesmo nos dias atuais, a guarda do filho é confiada à mãe, conseqüentemente, a incidência maior de Alienação Parental acontece propiciada pela mãe que detém a guarda do filho, não descartando a existência de casos em que o pai desempenha o papel de alienador, porém em números menos elevados.

Ademais, a alienação parental ocorre com mais frequência quando há disputa pela guarda dos filhos, às vezes essa disputa pode ser motivada por vingança, outras vezes até como forma de um dos genitores, na maioria das vezes as mulheres, obter pensão alimentícia do outro genitor, apesar de a pensão ser para o filho, é administrado pelo genitor que mantiver a guarda.

Em que pese ser um trauma para os filhos ver seus pais separados, e tendo que conviver com a falta do outro genitor, pelo fato de a guarda compartilhada ser exercida por ambos os genitores, seria a maneira mais saudável para o desenvolvimento dos filhos, primeiro porque os filhos estariam sempre em contato com seus pais, e segundo porque, desta forma, se estaria dividindo de forma igualitária os deveres e obrigações para com os filhos.

6 ENTENDIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

6.1 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Situação também bem delicada a ser enfrentada é saber até onde é admissível a intervenção do Estado nas relações de famílias, sem que isso possa ferir a autonomia dos pais educarem seus filhos, e, se realmente um dos genitores de fato, for o que realmente alega o outro genitor, seria o Estado o detentor da verdade soberana a ponto de decidir sobre a conveniência do momento certo para que a criança tenha o direito de saber a verdade sobre os genitores?

Por isso, sempre que o julgador tiver que decidir sobre a guarda, deverá ser levado em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, conforme se observa no julgado a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MENOR - GUARDA - ALIENAÇÃO PARENTAL - ANÁLISE DO JUÍZO PREVENTO - MELHOR INTERESSE DO MENOR - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. - **Tratando-se de guarda, o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança.** - A incompetência do Juízo, reconhecida, resulta no retorno das partes ao status quo ante.

(TJ-MG - AI: 10194130080634001 MG , Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 15/04/2014, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/04/2014).

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA INICIALMENTE CONCEDIDA À AVÓ MATERNA. ALIENAÇÃO PARENTAL. PERDA DA GUARDA DE OUTRA NETA EM RAZÃO DE MAUS-TRATOS. GENITOR QUE DETÉM PLENAS CONDIÇÕES DE DESEMPENHÁ-LA. Inexistindo nos autos qualquer evidência de que o genitor não esteja habilitado a exercer satisfatoriamente a guarda de seu filho, **e tendo a prova técnica evidenciado que o infante estaria sendo vítima de alienação parental por parte da avó-guardiã,** que, inclusive, perdeu a guarda de outra neta em razão de maus-tratos, imperiosa a alteração da guarda do menino. PRELIMINAR...

(TJ-RS - AC: 70043037902 RS , Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 29/09/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/10/2011).

A questão não é tão simples, necessitando, portanto, de um conjunto probatório robusto, onde será de suma importância à perícia médica, haja vista se tratar de sintomas psíquicos, o que demanda tempo e demora na solução do problema. Restando evidenciado o ato de alienação, o magistrado decidirá,

conforme o caso, de maneira a preservar a integridade física e mental, atendendo o melhor interesse da criança e do adolescente. Observe-se o presente julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO PARENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. **As provas trazidas aos autos são insuficientes para a declaração prematura da ocorrência de alienação parental.** A questão deve ser analisada em sentença. CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E, NO PONTO, NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70057579112, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 27/02/2014)

(TJ-RS - AI: 70057579112 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 27/02/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/03/2014).

AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. VISITAS. INTERESSE DO ADOLESCENTE. CONVENIÊNCIA DOS GENITORES. 1. Ficando bem claro que o adolescente não mantém um bom relacionamento com o genitor, por ter sempre se sentido abandonado por ele e por ter presenciado agressões físicas e verbais dele em relação a sua genitora, **não há como reconhecer a ocorrência de alienação parental.** 2. Tendo o filho adolescente demonstrado total resistência em manter contato com o genitor, não se mostra conveniente impor tal medida, não merecendo prosperar o pedido deduzido pelo autor. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70056781933, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/10/2013).

(TJ-RS - AC: 70056781933 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 16/10/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/10/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. PAI. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ALIENAÇÃO PARENTAL. I - EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO **NÃO ESTÃO DEMONSTRADOS OS ALEGADOS ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL OU DE SITUAÇÃO DE RISCO AOS MENORES,** IMPROCEDE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTULADA PELO GENITOR PARA A MODIFICAÇÃO DO ACORDO REFERENTE À GUARDA DOS FILHOS. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

(TJ-DF - AGI: 20130020211292 DF 0022034-46.2013.8.07.0000, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/11/2013, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/12/2013 . Pág.: 223).

Ocorre que, como visto, é muito difícil para a parte conseguir provar que a criança está sendo vítima da alienação pelo outro que detém a guarda, haja vista, se tratar de um fator psicológico e comportamental, em que os sintomas vão se desencadeando ao longo do tempo, e seus efeitos, muitas vezes não são perceptíveis na fase inicial. Contudo, o juiz verificando a ocorrência de atos de alienação parental, conforme a Lei 12.318/2010 poderá advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para compartilhada ou sua inversão; determinar fixação

cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental, senão, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. **Merece ser mantida a decisão que deferiu a guarda provisória do menor ao pai, ante a conclusão do laudo pericial** de que a família materna apresenta comportamento inadequado com o filho, tentando impor falsas verdades. VISITAÇÃO MATERNA. Necessidade de assegurar a visitação materna com acompanhamento, a fim de preservar os laços afetivos entre mãe e filho. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70057883597, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/03/2014) (TJ-RS - AI: 70057883597 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 26/03/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/03/2014).

Diante do sério problema a ser enfrentado e não podendo o Poder Judiciário se furtar de resolver os litígios que são levados à sua apreciação, em especial quanto à verificação dos atos de alienação parental veja-se a importância da prova pericial para a resolução do conflito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA. DESAPENSAMENTO. Embora haja identidade de partes, não há identidade de pedido e causa de pedir entre as demandas, não se justificando o apensamento. Ademais, a demanda de alienação parental, cujo trâmite é prioritário, nos termos no art. 4º da Lei 12.318/2010, demandará instrução diferenciada, **na medida em que deverá ser procedida a realização de perícias psicológica e/ou psiquiátrica para verificar a ocorrência de tais atos.** Na demanda ordinária, a agravante postula a retirada das redes sociais de informações e fotos da menor, utilizadas pelas agravadas (tia e avó paternas), sem a devida autorização, bem como dano moral. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70056012792, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/11/2013) (TJ-RS - AI: 70056012792 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 28/11/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/12/2013).

Percebe-se com isso, que este é um tema bastante delicado e por isso, deve ser analisado e investigado com minúcias, a fim de se aferir o que realmente é alienação ou não, qual é o limite da verdade, até que ponto um genitor pode revelar essa verdade sobre o outro genitor, sem, contudo, incorrer em atos de alienação.

Por todo o exposto é que o tema merece uma investigação apurada, tendo em vista quão complexo é saber quando se estará diante da alienação parental, pois

esta, quando cometida de forma clara, situação em que qualquer pessoa facilmente perceberia, não teria dificuldade de o julgador aplicar uma das sanções prevista em lei.

Situação diferente seria aquela em que o alienador sutilmente, como se agisse de forma desinteressada, introduzisse na mente da criança uma falsa percepção da verdade em detrimento do outro genitor. Portanto, é de fundamental importância uma investigação aprofundada sobre o assunto em epígrafe, a fim de evitar arbitrariedades, sobretudo, assegurando aos filhos o direito de conviver de forma harmoniosa com seus genitores, não só em relação aos pais, mas também com relação aos familiares destes, conforme o vínculo afetivo existente, não podendo as crianças e adolescentes ser privados do contato com seus avós, tios e demais familiares.

Como se pode observar, a Alienação Parental é um sério problema, e que pode atingir todas as camadas da sociedade, independentemente de cor, raça, etnia, religião, e que, portanto, se não for observado desde o início, suas consequências poderão comprometer seriamente o desenvolvimento saudável das crianças.

Antigamente o instituto do divórcio era mais rígido para sua efetivação, necessitando aos litigantes, preencher uma série de requisitos como a culpa, tempo de separação de fato, dentre outros, passando ainda pela separação (desquite) para só então ser convertido em divórcio.

Com as constantes mudanças que ocorrem no seio da sociedade, estando esta sempre evoluindo, e como o direito é para a sociedade, não podendo permanecer estático, e atento às mudanças de comportamentos, a fim de adequar-se com a realidade, o direito passou a facilitar à dissolução conjugal, tornando mais célere a aplicação do instituto.

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, havendo consenso, o divórcio passou a ser direto, sem necessidade de justificativas, bastando para tanto, apenas, às partes demonstrarem o desinteresse em continuar casados. Nesse contexto, quando o casal não chega a um consenso em relação à guarda dos filhos, vê-se um cenário perfeito para a prática dos atos de alienação parental.

Ocorre que, o alienante na ânsia de ter a guarda do filho só para si, uma vez que por sentença judicial fora decido que a guarda seria de ambos, ou, apenas do

outro genitor, o alienador começa a fazer uma lavagem cerebral na criança, muitas vezes fazendo insinuações caluniosas a respeito do outro genitor, numa verdadeira campanha de desmoralização em detrimento do genitor alienado, como bem observado por dia (2013), a fim de que a criança passe a repudiar o pai, ou a mãe, dependendo do caso.

Em tempos mais remotos, situação em que, via de regra, às mães, até por uma visão em que se tinha era de que à mulher cabia o dever de cuidar do lar, enquanto que os homens eram incumbidos de prover o sustento do lar, eram encarregadas pela guarda dos filhos, em virtude da cultura machista que se tinha, onde após o divórcio o pai apenas contribuía materialmente, sem se preocupar em participar ativamente da vida da criança, por entender que prestando a assistência financeira, estaria cumprido o papel de pai.

Ante o novo contexto social, em que a mulher buscou um novo ideal de vida, saindo da condição de sexo frágil, dona do lar, passando a conquistar sua própria independência, se inserindo no mercado de trabalho em igualdade com o homem, sendo esse entendimento assegurado no texto constitucional “homens e mulheres são iguais em direitos e deveres”, surgindo dessa forma, a necessidade de ambos compartilharem tanto a guarda, como o dever de prestar toda assistência necessária para com os filhos. Como também, visando proteger à criança e o adolescente foi editado normas, como por exemplo, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Normas essas, com o intuito de trazer harmonia entre pais e filhos, ante os conflitos existentes em uma dissolução conjugal, principalmente visando proteger os filhos, que são a parte mais frágil, tornando-se um instrumento de vingança pelo alienador contra o outro genitor, o que sem dúvidas causará um mal enorme para o desenvolvimento saudável da criança.

6.2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO ÂMBITO FAMILIAR

Conforme se verifica no texto constitucional no seu artigo 226, a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, ainda expõe em seus parágrafos seguintes do mesmo artigo:

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas;

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

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

Como pode se observar do texto constitucional, a família tem especial proteção do Estado, ou seja, é dever do Estado criar mecanismos de que assegure essa proteção às famílias, em especial às crianças, adolescentes e idosos e de forma geral aos hipossuficientes, como também, formas para coibir e responsabilizar quem por ventura viole essas garantias. Vimos também, que essa assistência não é dever apenas do Estado, mas também, de toda a sociedade.

Dias (2013), diz que a Lei 12.318/2010 chegou em boa hora, definindo alienação parental como a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

E, que havendo indício de sua prática, há previsão da realização de processo autônomo, com tramitação prioritária e a realização de perícia psicológica, cabendo ao juiz determinar medidas provisórias e necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente.

Como, também, a aplicação de penalidades ao alienador, como a aplicação de multa, a alteração da guarda e até a suspensão do poder familiar são os mecanismos eleitos para coibir sua prática.

Dias (2013), entende que é preciso proibir que as vítimas sejam ouvidas nos Conselhos Tutelares ou por policiais civis e militares. Ao receber qualquer denúncia de abuso, os conselheiros tutelares precisam encaminhar a vítima ao juizado da Infância e da Juventude. A polícia, ainda que instaure o inquérito policial, também não deve colher os depoimentos no recinto da delegacia. Precisa solicitar que sejam ouvidas, em juízo, por um técnico e em ambiente adequado.

Ainda, segundo a autora, o melhor modo de se conseguir identificar a natureza da denúncia levada a efeito, se falsa ou verdadeira, conforme a experiência gaúcha de ouvir a vítima de maneira a evitar a ocorrência de danos secundários tem o nome de depoimento especial. Basta criar um ambiente adequadamente equipado em que a vítima é ouvida por um psicólogo ou assistente social.

Pois, na sala de audiência, o depoimento é acompanhado, por vídeo, pelo juiz, pelo representante do Ministério Público, pelo réu e seu defensor, que dirigem as perguntas, por meio de uma escuta discretamente colocada no ouvido de quem está colhendo o depoimento da vítima. O DVD com gravação da audiência é anexado ao processo. Com este procedimento, a vítima é ouvida uma única vez, enquanto seu depoimento pode servir para a elaboração de laudos e ser assistido no Tribunal quando do julgamento de recurso (DIAS, 2013).

Pereira (2013), ao enfrentar o tema da alienação parental aduz que, a violação das normas constitucionais pelo alienador é flagrante, como a violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, CF/88), princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226, §7.º e art. 229, CF/88).

Encontramos ainda na legislação infraconstitucional, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina que nenhuma criança ou adolescente poderá ser objeto de qualquer forma de negligência, violência ou crueldade.

Assim dispõe o referido estatuto em seu art. 5º que, nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

“A prática de atos de alienação parental, além de afrontar direitos fundamentais da criança e do adolescente significa também violação do exercício do poder familiar, tal como estabelecido no art. 1.634, I do CC/2002” (PEREIRA, 2013, p. 35-36).

Ressalta que, uma das maiores dificuldades encontradas para aplicação prática do conceito deste novo instituto jurídico, é a demonstração probatória, e que a dificuldade está na sutileza à artimanha que se prepara para alienar um genitor da vida do outro, e que às vezes, tal maldade é até mesmo inconsciente, às vezes, o próprio alienador acaba acreditando na versão por ele programada e implantada em

seu filho, mas que não se justifica e que deve ser rechaçada pelos sistemas jurídicos (PEREIRA, 2013).

Importante se faz observar, que mesmo antes do advento da Lei 12.318/2010, os atos de alienação parental já eram rechaçados pelos nossos tribunais, vejamos alguns importantes julgados:

Evidenciado o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de alienação parental. Apelo provido em parte. (TJRS, Ap. Civil. 70016276735/RS, 7.^a Câmara Cível, j.18.10.2006, rel. Maria Berenice Dias, DJ 27.10.2006).

“(...) Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar à filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento. 2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar caso persista, suspensão das visitas aos avós, a ser postulada em processo próprio. Negaram provimento unânime”. (TRJS, ApCiv. 70017390972/RS, 7.^a Câmv., j. 13.06.2007, v.u., rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, DJ 19.06.2007).

“Conforme termo de audiência realizado na Ação de Regulamentação de Visitas (f.25) ficou estipulado o direito de visita do pai/agravado em relação à criança, Diz, porém, o agravado que a agravante não a permite, alegando que está preservando os interesses do menor. O laudo psicossocial de fls. 43/45 concluiu que o menor possui quadro de alienação parental, ou seja, quando a criança está sob a guarda de um genitor alienador, ela tende a rejeitar o genitor oposto sem justificativas consistentes, podendo chegar a odiá-lo, relatando ainda: A respeito das visitas paternas G, traz queixas inconsistentes, contudo, o seu brincar denota o desejo inconsistente de retorno do contato com o pai, demonstrando que o período do afastamento não foi capaz de dissolver os vínculos paterno-filiais (sic)”. (TJMG, AgIn 10702095543055001/MG, 1.^a Câmv., j. 19.05.2009, rel. Des. Vanessa Verdolim, DJMG 23.06.2009).

Contudo, essa intervenção do Estado em detrimento do particular, mais precisamente na vida íntima das pessoas, não pode se dar de forma aleatória, violando preceitos constitucionais. Deve-se, contudo, se buscar meios alternativos para a resolução do conflito, como conselho tutelar, entre outras formas de composição amigável, para que, só então, em último caso, há de se ter muita cautela ao analisar cada caso, a fim de evitar arbitrariedades e que filhos sejam arrancados da convivência de seus pais, injustamente, acarretando enorme prejuízo emocional tanto para o genitor, quanto para os filhos.

6.3 RECURSOS CABÍVEIS

Conforme exposto, quando não há um consenso entre os genitores acerca da guarda dos filhos, a questão deverá ser decidida perante a autoridade judiciária. Neste caso, a indagação que se faz é se depois de prolatada a decisão deferindo a guarda em favor de um genitor, se o outro não se conformando com tal decisão qual seria o recurso cabível para tentar reverter à decisão.

Conforme o artigo Art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente – A guarda poderá ser modificada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. Ademais, a alienação parental foi regulada pela Lei 12.318/2010, e além dessa previsão legal, a proibição quanto à alienação parental tem fundamento constitucional, no princípio da paternidade responsável, conforme aduz o artigo 226, § 7º da Constituição Federal, que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

De acordo com o informativo Dizer o Direito, a parte pode ingressar com uma ação autônoma pedindo ao juiz o reconhecimento da alienação parental ou, poderá formular pedido incidental em uma ação autônoma.

Se a parte ingressa com pedido incidental e o juiz decide a questão da alienação parental no curso processo, antes de resolver o mérito da demanda principal: trata-se de uma decisão interlocutória e o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Por outro lado, se a parte ingressa com pedido incidental e o juiz deixa para decidir a questão da alienação parental na sentença, juntamente com o mérito da demanda principal, o recurso cabível é a apelação.

Agora, se a parte entra com ação autônoma, o juiz terá de decidir a questão da alienação parental obrigatoriamente por sentença, neste caso, o recurso cabível também é a apelação.

O STF entende que configura erro grosseiro do recorrente se o juiz decide a questão da alienação parental no curso do processo, de forma incidental, e a parte interpõe apelação ao invés e agravo de instrumento. STJ. 3ª Turma. REsp 1330172/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/03/2014.

Veja-se por oportuno, importante julgado sobre a proposição adequada do recurso cabível:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.172 - MS (2012/00615806) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: O B F ADVOGADO: GRAZIELA ENDERLE BANAK RECORRIDO: L M R ADVOGADO: DANIEL LUCAS TIAGO DE SOUZA EMENTA
PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL. RECURSO CABÍVEL PARA IMPUGNAR A DECISÃO PROFERIDA. EXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. FUNGIBILIDADE INAPLICÁVEL. ARTS. ANALISADOS: 162, §§ 1º E 2º, 522, CPC.

1. Incidente de alienação parental, instaurado no bojo de ação de reconhecimento e dissolução de união estável distribuída em 2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 02/05/2012.
2. Discute-se o recurso cabível para impugnar decisão que, no curso de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, declara, incidentalmente, a prática de alienação parental.
3. A Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC.
4. O ato judicial que resolve, incidentalmente, a questão da alienação parental tem natureza de decisão interlocutória (§ 2º do art. 162 do CPC); em consequência, o recurso cabível para impugná-lo é o agravo (art. 522 do CPC). Se a questão, todavia, for resolvida na própria sentença, ou se for objeto de ação autônoma, o meio de impugnação idôneo será a apelação, porque, nesses casos, a decisão encerrará a etapa cognitiva do processo na primeira instância.
5. No tocante à fungibilidade recursal, não se admite a interposição de um recurso por outro se a dúvida decorrer única e exclusivamente da interpretação feita pelo próprio recorrente do texto legal, ou seja, se se tratar de uma dúvida de caráter subjetivo.
6. No particular, a despeito de a Lei 12.318/2010 não indicar, expressamente, o recurso cabível contra a decisão proferida em incidente de alienação parental, o CPC o faz, revelando-se subjetiva – e não objetiva – a dúvida suscitada pela recorrente, tanto que não demonstrou haver qualquer divergência jurisprudencial ou doutrinária sobre o tema.
7. Recurso especial conhecido e desprovido.

Outra questão interessante é saber se o juiz pode reconhecer de ofício os atos de alienação parental. Pois bem, o juiz tem essa faculdade prevista por Lei, desde que seja de forma incidental em processo já devidamente instaurado. Por exemplo, em uma ação de divórcio, pode ocorrer que o juiz perceba que existam atos de alienação parental, praticados pela mãe da criança ou do adolescente, sendo facultado ao juiz, nessa situação, ouvido o Ministério Público, de acordo com a gravidade do caso, aplicar uma das punições previstas na Lei 12.318/2010, inclusive, a modificação da guarda em favor do outro genitor.

Ainda, conforme exposto no informativo 358 – STJ - Dizer o Direito:

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

A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Portanto, como se nota, à criança e ao adolescente é assegurada a garantia mínima da visitação de seus genitores, com ressalva dos casos em que seja constatado que existam riscos à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, o que não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo ser atestado por profissional designado pelo juiz para o acompanhamento das vistas, a fim de assegurar que aos filhos não seja tolhido o direito de convivência com seus pais, e vice e versa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, na prática é possível que não haja mudanças significativas em nossos tribunais com o advento desta nova lei, uma vez que ela trouxe novamente o livre arbítrio do magistrado em opinar pela unilateralidade da guarda, assim como já previa a Lei nº 11.698/2008, sempre que verificar que um dos genitores não se encontre apto a exercer a guarda do filho, por inúmeros motivos existentes, que deverão ser avaliados caso a caso pelo magistrado. Tal liberalidade mantida ao juiz para conceder ou não a guarda compartilhada é extremamente essencial, pois dependendo de cada caso, é fundamental que se determine a guarda a apenas um dos genitores, como por exemplo se o pai ou a mãe for dependente químico ou tiver abusado sexualmente do filho (a) *etc*, bem como em casos em que um dos pais deseja mudar de residência com o filho(a) e não possui a autorização do ex-cônjuge para levar o filho comum - *desde haja fundado motivo para tanto* - como uma alteração do local trabalho para outro Município, Estado ou País, ou para tratamento médico que perdure por longo período e *etc*, os quais também justificariam o juiz determinar a guarda unilateral a um dos genitores ou conceder a guarda compartilhada, decidindo o conflito por eles.

Sobre este assunto, Oliveira (2008) explica que a continuidade do convívio da criança com ambos os genitores é fundamental para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança, constituindo-se a guarda em um direito fundamental dos filhos que não podem ficar ao livre e injustificado arbítrio de apenas um dos pais. Referido autor ainda entende que a perda do convívio com os filhos não pode depender exclusivamente da decisão de apenas um dos genitores, seja qual for a modalidade da guarda adotada, que deverá ter como base o interesse do filho e não a satisfação de apenas um dos genitores.

Assim, além de estreitar os laços e o vínculo entre pais e filhos, tornando como regra a convivência familiar, essa nova lei da guarda compartilhada também minorará a utilização dos filhos como propriedade e prêmio que alguns genitores fazem questão de realizar, principalmente os que detêm unilateralmente a guarda das crianças.

O mestre Rolf Madaleno explica como ocorre nestes casos:

Não é da índole da guarda compartilhada a disputa litigiosa, típica dos processos impregnados de ódio e de ressentimentos pessoais, onde pensa os pais serem compensados pela decisão judicial da guarda unilateral, para mostrar a sentença ao outro contendor e, com esta vitória processual de acirrado dissenso, acreditar que o julgador teria encontrado no vencedor da demanda pela guarda os melhores atributos de guardião, sendo o filho o troféu dessa insana disputa sobre a propriedade do filho. (MADALENO 2013, P.445).

Além disso, e em complementação ao entendimento do mestre Rolf Madaleno, temos que em tais casos a alienação parental era algo muito comum, ou seja, um dos genitores, que obtinha unilateralmente a guarda do filho, criava situações dificultosas e até mesmo constrangedoras, criando prejuízos aos próprios filhos, além de desestimular e afastar o filho do outro genitor, e com o compartilhamento da guarda a tão famosa alienação parental será algo mais difícil de ocorrer, é o que se espera.

Em suma, os benefícios que esta nova Lei nº 13.058/2014 trará será quanto ao reforço do poder familiar, previsto no artigo 1.630 e seguintes do Código Civil, através do compartilhamento de decisões e responsabilidades dos pais com os filhos comuns. Já quanto as críticas a esta nova lei, temos que ao estabelecer o tempo dos filhos “de forma equilibrada” entre os genitores, a lei trouxe a subjetividade em cena, que poderá causar ainda brigas e desentendimentos entre os genitores, pois para um genitor o equilíbrio poderá ser considerado 50% (cinquenta por cento) do tempo com o filho, e para o outro genitor poderá ser um tempo menor ou maior.

Ora, um filho não é um produto ou mesmo um objeto que se pode dispor a qualquer tempo ou momento, mas sim que educar e criar, com paciência e amor, impondo rotinas diárias de educação, higiene, saúde, lazer, etc, e se não houver um certo amadurecimento dos pais quanto a isso, para conjuntamente educarem seus filhos, o compartilhamento da guarda poderá ser desfavorável à própria criança, que uma hora tem um ordem e uma rotina a ser seguida, e logo depois tem outra totalmente diferente da primeira, causando-lhe confusão e medo, o que não pode ocorrer, pois não é esta a finalidade da lei.

Ex positis, entendemos que a Lei nº 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), trouxe mais benefícios do que malefícios na prática, pois, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2013), as vantagens de uma guarda compartilhada são claras na medida em que diminui a existência da danosa

exclusividade da guarda unilateral, fazendo, desta maneira, com que melhore a dimensão psíquica do próprio filho que passará a sofrer menos com o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores, portanto, é válido destacar que a tendência é que o vínculo entre pais e filhos não deva se extinguir, permitindo que se amplie cada vez mais a convivência saudável entre todos da família.

REFERÊNCIAS

AFONSO, F. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Editora: Método, São Paulo, ed. 3, p. 166-174, 2014.

BARUFI, M. T.; ARAÚJO, S. M. B.; GERSEBA, A. B.; NORA, J. V. D.; LEVY, L. A. C.; DIAS, M. B.; MARQUES, F. H. M. **Alienação Parental: Vidas em Preto e Branco**. Porto Alegre, abril de 2012. Disponível: <<http://www.integrawebsites.com.br/versao>>. Acesso em 20/08/2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 20100111454125**. 3ª Turma Cível. Desembargadora Relatora Silva Lemos. Publicado no DJe em 06/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000**. Desembargador Relator Lamberto Sant'Anna. Publicado no DJe em 24/10/2003. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0140557-86.2013.8.26.0000**. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Alexandre Lazzarini. Publicado no DJe em 05/02/2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, **Diário Oficial da União em 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

BRASIL. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF, **Diário Oficial da União em 16.6.2008**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/resenha-diaria/2008/junho>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF, **Diário Oficial da União em 23.12.2014 e retificado em 24.12.2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

CUNHA JUNIOR, D; NOVELINO, M. **Constituição Federal para concursos**. Editora JusPodivm. Bahia, ed. 3, p. 981, 2012.

CARDOSO, S. T. **Do Contrato Parental à Socioafetividade**. In: ARONNE, Ricardo (Coord.). Estudos de Direito Civil – Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 2. 2004.

CAVALCANTE, M. A. L. **Dizer o direito esquematizado - Informativo 538-STJ (30/04/2014)**. Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br>>. Acesso em 05/10/2015.

CUNHA, L. A; LÉPORE, P. E; ROSSATO, L. A. Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990. **Revista dos Tribunais**, São Paulo 2010.

CURIA, L. R.; LIVIA, C.; NICOLETTI, J. **Vade Mecum Saraiva: Alienação Parental - Lei 12.318/2010**. Editora Saraiva, São Paulo, ed. 17, p. 1.855-1.856, 2014.

CURIA, L. R.; LIVIA, C.; NICOLETTI, J. **Vade Mecum Saraiva: Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/1990**. Editora Saraiva, São Paulo, ed. 17, p. 1.041-1.044, 2014.

DIGIÁCOMO, II. A.; DIGIÁCOMO, M. J. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010. Disponível em: < <http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/42>>. Acesso em: 10 de Outubro de 2015.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, v. 5, n. 17, 2002.

DINIZ, M. H. **Curso de direito de família**. São Paulo, ed. 23ª, editora Saraiva, 2008. Disponível em <<http://conteudojuridico.com.br/>> Acesso em: em 10 de outubro de 2015.

FILHO, W. G. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. Editora **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ed. 6ª; p. 89-101, 2013.

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**, 3. ed. rev. atual e ampl.,v. 6, São Paulo: Saraiva, p.606, 2013.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2014.

GRISARD FILHO, W. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. **Revista do Tribunais**. São Paulo, 2º ed. rev. atual e ampl, 2002.

HINORAKA, G. M. F. N. **Dos filhos havidos fora do casamento**. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em 14/11/2015.

LEITE, E. O. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: RT, 2ª. ed. ver. at. ampl, 1997.

LISBOA, R. S. Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ed. 2, v.1, 2002.

MACHADO, C.; CHINELLATO, S. J. **Código Civil Interpretado**. Editora Manolo, São Paulo, ed. 7, 2014.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família** –1954. 5ª Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, p.445, 2013.

MELLO, C. A. B. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2ª. ed.,1984.

MONTEIRO, W. B. **Curso de direito civil. Direito de Família**. São Paulo, editora: Saraiva, ed. 38ª, 2007.

OLIVEIRA, J. F. B. **Guarda Compartilhada – Comentários à Lei nº 11.696/2008**, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, p. 58, 2008.

PEREIRA, R. C. **Incesto e Alienação Parental. Alienação Parental: Uma Inversão da Relação Sujeito e Objeto**. Editora Revista dos tribunais, São Paulo, ed. 3, p. 31-40, 2013.

PEREZ, E. L. **Incesto e Alienação Parental. Comentários acerca da Lei da Alienação Parental**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ed. 3, p. 41-64, 2013.

QUINTAS, M. M. R. A. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS NETO, J. A. P. Do pátrio poder. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1994.

SANTOS, E. A. **Criança e adolescente: sujeitos de direitos**. 2006. Disponível em: <<http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&article=57&mode=pdf>>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

SILVA, R. B. T.; NETO, T. A. C.; COUTO, A. C. M.; NETO, C. L.; NETO, E. A. M.; ULIANI, Ê. S.; TAKAHASHI, E. M.; LOUREIRO, F. E.; JÚNIOR, J. D. F.; BOULOS, K.; BRITO, L. S. L.; CORDEIRO, M. B. G. C.; JUNIOR, J. D. F.; FERREIRA, P. G.; SILVA, R. B. T.; MADALENO, R.; NETO, T. A. C. **Direito de Família e das Sucessões**. Editora: Saraiva, São Paulo, ed. 1, p. 47-54, 2011.

TARTACE, F. **Novos princípios do direito de família**. Disponível em:<<http://conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 18 de outubro de 2015.

TEPEDINO, G. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Sergipe, n. 3, p. 23-44, 2002.

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, ed. 6, 2010.