
A aplicabilidade da guarda compartilhada no combate à alienação parental

Jessica Idalgo Keine*

Fernando Frederico de Almeida Júnior**

1 INTRODUÇÃO

Com a dissolução da sociedade conjugal surge a necessidade de se discutir acerca da guarda dos filhos menores e, como consequência, trazem conflitos entre os genitores, onde um deles, tomado pelo sentimento de magoa e ressentimento, passa a usar a criança ou adolescente como meio de atingir o outro, utilizando-os como peça em um jogo de manipulação com o objetivo de afastá-los do pai ou da mãe.

Essa manipulação de um dos genitores para com a prole é denominada alienação parental.

A prática de alienação parental acarreta prejuízos ao desenvolvimento saudável do(s) filho(s), e como consequência o aparecimento da síndrome da alienação parental, que é mais gravosa, uma vez que esta é a soma de sintomas que a criança apresenta com relação ao outro genitor.

*Graduanda do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru - FIB

**Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina (Itália). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Educação pela Universidade Federal de São Carlos Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor e advogado.

Assim, necessário fazer a melhor escolha acerca do modelo de guarda a ser atribuído, visto que interfere diretamente no desenvolvimento do menor.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada no combate à alienação parental, uma vez que a guarda compartilhada preserva o convívio de ambos os pais, mantendo os laços afetivos, aproximando pais e filhos, fazendo prevalecer o Direito Fundamental da criança e do adolescente, trazido pela Constituição Federal, de convivência com ambos os pais.

Busca-se mostrar a importância dos pais na criação da criança, bem como demonstrar que ambos os pais tem direitos e deveres com os filhos, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

2 O PODER FAMILIAR

2.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS GERAIS

O poder familiar é a atribuição de direitos e deveres dado aos pais quanto aos filhos menores (GONÇALVES, 2014, p. 261), é um poder natural exercido pelos pais como sendo a junção de responsabilidades e as tomadas de decisões da vida da criança e adolescente.

Gagliano (2014, p. 668) disciplina a seguinte definição de poder familiar: “Poder familiar é o plexo de direitos e obrigações reconhecidas aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em relação aos seus filhos enquanto menores e incapazes”.

Antigamente predominava-se o conceito de chefia familiar, sendo o pai titular desse poder. Gonçalves (2014, p. 262) expõe que a chefia familiar só passava a mulher quando da ausência dele, sendo o seu exercício restrito a ausência do marido e, em caso de divergência entre eles, prevalecia a decisão do marido.

Isso mudou quando foi alterada a Lei 4.121/62, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, que alterou a redação do art. 380 do Código Civil/1916 estabelecendo que o poder competia aos dois, marido e mulher:

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

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência. (BRASIL, 1916)

Tartuce (2014, p. 952) salienta que o poder familiar deve ser exercido por ambos os pais conjuntamente e, que a tempos atrás, ainda vigorava à expressão pátrio poder, visto que o poder familiar era exercido somente pelo pai, pois era ele o “dono” da família, cabendo somente a ele a tomada de todas as decisões. A mulher era privada de seus direitos.

Porém, essa expressão restou superada pela desconstituição do pátrio poder, visto que a própria Constituição Federal em seu art. 226, § 5º, disciplina que os direitos e deveres relativos a sociedade conjugal cabe aos dois igualmente, pois ambos tem o dever de zelar e cuidar dos interesses e direitos dos filhos de forma igualitária.

Pereira (2014, p. 194) expõe que os textos legislativos acompanham a evolução da sociedade, a qual impõe igualdade de gêneros. Deste modo, ambos têm direitos e deveres iguais, tanto quanto aos filhos quanto perante a sociedade. Toma-se como exemplo a inserção da mulher ao mercado de trabalho em todas as áreas de atuações, bem como a intervenção masculina na administração dos lares, o que antes incumbia a mulher, agora é exercido por ambos.

Para alguns doutrinadores a nomenclatura “poder familiar” ainda não está adequada à evolução dos direitos de família. Gonçalves então explica:

A denominação “poder familiar” é mais apropriada que “pátrio poder” utilizada pelo código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao “poder”. Algumas legislações estrangeiras, como a França e a norte americana, optaram por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício da função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder. (GONÇALVES, 2014, p. 261)

O artigo 1.631 do Código Civil de 2002 disciplina que o poder familiar compete aos pais na vigência do casamento ou da união estável e, na falta de um deles, caberá ao outro o exercer com exclusividade. Qualquer deles poderá se socorrer ao poder judiciário quando houver divergência quanto ao poder familiar. Tartuce (2014, p. 953) atribui o nome dessa lide de “ação de divergência quanto ao poder familiar”.

O art. 1.632 do Código Civil trata da convivência, que terá que ser atribuído aos dois e disciplina que a dissolução do casamento ou união estável não alteram a relação de pais e filhos quanto ao direito.

Venosa (2010, p.305) esclarece que nenhum dos pais perde o poder familiar com a separação judicial, tampouco com o divórcio, pois o poder familiar decorre da filiação e da paternidade e não do casamento, quer dizer que, mesmo com a separação, ambos são responsáveis pelos filhos e terão que zelar pelos seus direitos.

O poder familiar não será atribuído aos dois quando o filho não é reconhecido pelo pai, que neste caso ficará exclusivo da mãe e se a mãe for desconhecida ou incapaz de exercê-lo será nomeado um tutor ao menor (artigo 1.633 do Código Civil/02).

2.2 OBRIGAÇÕES QUANTO À PESSOA DOS FILHOS MENORES

O exercício do poder familiar está disciplinado no artigo 1.634 do Código Civil/02 dispondo assim:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

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

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Alguns doutrinadores, como Tartuce (2014, p. 953) e Lôbo (2011, p. 306), salientam que este último inciso (IX) está contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana, pois cita que os pais podem exigir obediência e podem submeter seus filhos a serviços compatíveis com sua idade e condição. Nesse sentido explica Lôbo:

Temos por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 227), a permissão contida no inciso IX do art. 1.634 do Código Civil de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a “serviços próprios de sua idade e condição”, além de consistir em abuso (art. 227, § 4º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos, mas nunca para transformá-los em trabalhadores precoces. (LÔBO, 2011, p. 306)

A crítica feita é no sentido de que os pais não podem prejudicar os filhos em sua formação escolar, submetendo-os a trabalhar quando, na verdade, eles teriam que apenas se dedicarem aos estudos. Outro ponto abordado é em relação aos limites da obediência, os quais não podem ser extrapolados caracterizando maus tratos, conforme estudos de Tartuce (2014, p. 953). Se houver abusos nesse sentido estará caracterizado o abuso de direito, o que acarretará em danos quanto à responsabilidade civil e terá como consequência a extinção do poder familiar.

O inciso I do artigo supracitado é um dos mais importantes, pois cuida da criação e educação da criança e adolescente. Cabe aos pais o dever de educar e favorecer o acesso à educação aos filhos. Lôbo (2011, p. 304) cita que a educação tem que ser abrangida no todo, ou seja, tem que ser atendida em todos os aspectos possíveis como educação escolar, a formação moral, política, religiosa e profissional, tendo que contribuir com todas as ferramentas possíveis ao desenvolvimento na fase escolar, sendo isso consagrado pela Constituição Federal em seu artigo 205, conforme demonstrado a seguir:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, Venosa (2010, p.310) explica que compete aos pais primordialmente a criação e educação dos filhos, sendo suas atitudes fundamentais para a formação do menor e, se faltar com esse dever poderá ser submetido a receber sanções de ordem civil e criminal, podendo responder por crime de abandono moral, intelectual e material.

O inciso II, do art. 1.634 da Código Civil cuida da guarda do menor, dispondo que ela será unilateral ou compartilhada, dependendo das necessidades e condições da família. Entende-se por guarda unilateral aquela atribuída a um dos pais, sendo ele responsável por todas as tomadas decisões que envolvem a vida do filho, cabendo ao outro apenas visitas periódicas e pagamento de pensão alimentícia, observando-se a necessidade e possibilidade.

A guarda compartilhada é aquela atribuída a ambos os pais, sendo eles responsáveis de forma igualitária por todas as decisões que envolvem a criança ou adolescente, bem como a ter um convívio familiar o mais próximo possível com o filho.

Aos pais cabem também dar consentimento para casar-se, viajar ou mudar de residência conforme incisos III, IV e V. A autorização para casar ocorre quando

o filho é maior de 16 anos e menor de 18 anos conforme artigo 1.517 do Código Civil. Entretanto, caso ocorra divergência quanto a autorização, aplica-se a regra do parágrafo único, do artigo 1.631 do Código Civil, “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Além dos deveres acima citados, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22, “caput”, salienta que incumbe aos pais o sustento, a guarda e a educação dos filhos menores, além de cumprir e fazer cumprir eventuais determinações judiciais. O parágrafo único diz ainda que os pais têm direitos, deveres e responsabilidades iguais no cuidado e na educação da criança.

2.3 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

3

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, 2002)

Essa decisão pode vir de um fato natural ou por decisão judicial.

O inciso I determina que, se falecer um dos pais, o poder familiar ainda continua com o que sobreviveu e se a morte for do filho este poder se extingue para ambos.

A emancipação do filho, de acordo com o artigo 5º do Código Civil, se dá:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2002)

A emancipação tem que ser de comum acordo entre os pais, através de autorização escrita, homologada pelo juiz e, se o menor tiver 16 anos completos. Ainda, a emancipação pode advir automaticamente diante das hipóteses dos incisos II a V, casamento e economia própria.

A adoção também é uma forma de extinção do poder familiar perante os pais biológicos, atribuindo o poder familiar para os pais adotantes.

De acordo com o inciso V do artigo 1.635 extingue-se o poder familiar por decisão judicial na forma do artigo 1.638 que dispõe:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, 2002)

Castigar o filho imoderadamente quer dizer castigar com abuso e exageros ou usando de castigos corporais. De acordo com Lobô (2011, p. 309), “... constitucionalmente não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que ‘moderado’, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável”. A lei pune os agressores, e para isso foi criada a lei da palmada 13.010/2014 que modificou os artigos do ECA trazendo três novas figuras aos artigos 18-A, 18-B e 70-A, trazendo sanções aos pais que usarem de violência física para educar os filhos, os artigos disciplinam o seguinte:

18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas sócio educativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

a) sofrimento físico; ou

b) lesão;

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

a) humilhe; ou

b) ameace gravemente; ou

c) ridicularize.

Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes

públicos executores de medidas sócio educativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
- II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;
- V - advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais. (BRASIL, 2014)

O artigo 70 do ECA fala sobre a prevenção da ocorrência de ameaça ou violação dos direitos das crianças e adolescente, dizendo que é dever de todos essa observância. Deste modo, trouxe uma complementação ao artigo, acrescentando o 70-A, que dispõe:

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

I - a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

III - a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

IV - o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

V - a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de 28 atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo;

VI - a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos

de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção. (BRASIL, 2014)

Este artigo ressaltou o dever da União, Estados e Municípios para se desenvolver medidas que inibam e incentivem os pais a não usarem de castigos físicos na criação de seus filhos.

O inciso II do artigo 1.638 cita a respeito de abandono, entretanto deixar o filho em abandono pode ser praticado de vários modos. Gagliano (2014, p. 270) explica:

“... O art. 227 da Constituição Federal prevê que a criança e o adolescente têm direito “à convivência familiar e comunitária”. O abandono priva o filho desse direito, além de prejudicá-lo em diversos sentidos. A falta de assistência material coloca em risco a sua saúde e sobrevivência, mas não constitui a única forma de abandono. Este pode ser também moral e intelectual, quando importa em descaso com a educação e moralidade do infante. O Código Penal, visando reprimir as diversas formas de abandono de filho, prevê os crimes de “abandono material” (CP, art. 244), “abandono intelectual” (art. 245), “abandono moral” (art. 247), “abandono de incapaz” (art. 133), “abandono de recém-nascido (art. 134)”. (GAGLIANO, 2014, p. 270)

Se o abandono ocorrer em decorrência de dificuldades financeiras ou por motivos de saúde a melhor opção nesse caso seria a suspensão do poder familiar e não a perda ou destituição, conforme cita Lobô (2011, p. 310).

O inciso III cita a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, o que abrange as atitudes que influenciam no ambiente saudável e ao desenvolvimento da criança, pois ela passa a conviver em um ambiente impróprio pra ela.

Gonçalves (2014, p. 270) diz que “o lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devendo os pais manter uma postura digna e honrada para que nela se amolde o caráter daqueles”.

O autor salienta ainda que os atos contrários a moral e aos bons costumes podem advir de um alcoolismo de algum dos genitores, uso de drogas, prática de prostituição, a vadiagem, dentre outras práticas que afetam o ambiente da criança e adolescente.

Dias (2013, p. 447) explica que o que deve prevalecer sempre é o melhor interesse do menor. Em alguns casos o afastamento do filho do convívio dos pais podem comprometer o desenvolvimento psicológico e que se se verificar isso, ao ser decretada a perda ou suspensão do poder familiar, deve ser aplicada alguma medida protetiva de acompanhamento, apoio e orientação, tanto ao filho quanto aos pais, pois isso abala a estrutura familiar e pode acarretar danos a criança e ao adolescente

O último inciso diz respeito às atitudes reiteradas do artigo 1.637 que dispõe sobre a suspensão do poder familiar:

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. (BRASIL, 2002)

O poder familiar, de acordo com Lôbo (2011, p. 308), não se extingue ou suspende se um dos pais contrair novas núpcias, pois o poder familiar é em decorrência do filho e não dele com a mulher, portanto mesmo que se case com outra pessoa a responsabilidade e deveres continuam na pessoa do filho.

Quanto à suspensão do poder familiar, o artigo 1.637 prevê quatro hipóteses, sendo elas o descumprimento inerentes aos pais, ruína dos bens dos filhos, risco a segurança dos filhos e, por último, condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A suspensão do poder familiar será decretada pelo juiz após se verificar as razões da suspensão. O pedido pode ser feito de ofício, por algum parente ou pelo Ministério Público, adotando o juiz o critério de tempo que achar necessário para a suspensão do poder familiar.

Venosa (2010, p. 317) explica que as causas de suspensão descritas no Código Civil são citadas de maneira genérica dando ampla liberdade ao magistrado para aplicar outros procedimentos e se valer de outros institutos, se achar necessário, como o caso do ECA em seu artigo 24. Este faz menção a suspensão e perda do poder familiar, reportando-se as hipóteses do artigo 22 o qual determina que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Portanto, o juiz deverá analisar o caso concreto dando o direito ao contraditório e ampla defesa aos pais envolvidos no caso para que se resolva a situação da suspensão.

A suspensão do poder familiar é causa temporária, podendo ser extinta a qualquer momento, desde que resolvidas as causas as quais deram ensejo. Segundo Dias (2013, p. 444) a suspensão são sanções aplicadas aos pais por infringirem os deveres impostos a eles quanto à pessoa dos filhos, não sendo o intuito do artigo o de punir e sim de preservar os interesses dos menores.

A perda ou destituição do poder familiar é mais grave que a suspensão. Venosa (2010, p. 318) relata que, cessado os motivos que causou a suspensão, é extinta a causa que a gerou, podendo ser restabelecido novamente o poder familiar, coisa que

não ocorre com a perda e destituição.

O procedimento de perda e suspensão terá como legitimados qualquer pessoa que tenha interesse legítimo, ou seja, da família e o Ministério Público (artigo 155 do ECA), se atentando sempre ao princípio do contraditório e da ampla defesa e o menor sempre que possível deve ser ouvido pelo juiz, o procedimento será regulado pelo artigo 155 e seguintes do ECA e de acordo com o artigo 163 parágrafo único: “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente”

3 DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 DEFINIÇÃO E DIFERENÇA DE OUTRAS ESPÉCIES

Guarda é o instrumento pelo qual os pais exercem o poder familiar. Assim, a guarda tem como atribuição essas mesmas prerrogativas.

Para Canezin (2013):

A guarda faz parte do poder familiar é um poder exercido entre os pais igualmente, sobre os filhos menores, enquanto estiverem na vigência do casamento ou enquanto estiverem vivendo sob o mesmo teto, numa união estável ou união de fato; não se questiona quem tem a guarda dos filhos, pois os dois tem este poder naturalmente (CANEZIN, 2013).

Lobô (2011, p. 191) conceitua guarda da seguinte maneira: “a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada”.

A guarda, portanto, é o conjunto de poder dever dos pais em relação aos filhos.

O artigo 33 do ECA, dispõe que “a guarda obriga a 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”. Mesmo aquele pai que não detém a guarda dos filhos, tem consigo o poder familiar que, como já estudado, não se extingue com a separação, tampouco com o divórcio.

O Código Civil divide a guarda em dois tipos, uma sendo a guarda unilateral e a outra a guarda compartilhada. Porém há outros institutos nomeados pela doutrina, quais sejam, a guarda alternada e aninhamento ou nidação.

O parágrafo primeiro do artigo 1.583 do Código Civil trata da guarda unilateral e a define como, aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, esse tipo de guarda era o mais aplicado antes da entrada da guarda compartilhada.

De acordo com Lobô (2011, p. 193), a guarda unilateral após a lei que regulamentou a guarda compartilhada, é concedida pelo juiz a um dos cônjuges quando a guarda compartilhada não pode ser atribuída ou quando um dos pais renunciam ao direito da guarda. A guarda unilateral poderá ser dada a terceiros, se o juiz achar que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para o exercício da guarda.

No divórcio judicial os pais podem acordar sobre a guarda unilateral, devendo levar em conta o melhor interesse do menor, assim o autor explica:

No direito anterior, a guarda exclusiva era consequência do sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa pela separação. A guarda era atribuída ao que comprovasse ser inocente, ainda que não fosse o que preenchesse as melhores condições para exercê-la. Com o advento do princípio do melhor interesse da criança ou da prioridade absoluta desta, tutelado na Constituição, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidado no direito brasileiro ao início da década de 90 do século XX, pouco importa a culpa para efeito da guarda do filho. O Código Civil, nessa linha evolutiva, extirpou de vez a injusta relação entre guarda e culpa pela separação, revogando a norma contida no art. 10 da Lei n. 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Consequentemente, o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, afastando-se a odiosa regra da culpa do pai ou da mãe. A matéria teve solução definitiva com a extinção da separação judicial e da culpa, notadamente após a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição. (LOBÔ 2011, p. 193)

Desta forma, o advento da culpa saiu da discussão para atribuição da guarda. A guarda unilateral geralmente é atribuída à mãe, nesse modelo de guarda os deveres e responsabilidades ficam com o detentor da guarda, ficando o não guardião com a obrigação na maioria das vezes de pagar alimentos e fazer visitas periódicas pré-estabelecidas.

Coelho (2012, p. 237) cita que a guarda unilateral é aquela à qual um dos genitores permanece com o filho, enquanto o outro fica com o direito de visitação, desta forma o genitor que tiver a guarda do menor, deverá administrar a vida cotidiana dele. Sendo assim, deverá o levar a escola, a médico, cuidar de sua alimentação, vestuário e educação, e ao outro cabe conviver com o filho em períodos prefixados, que serão estabelecidos por ambos os genitores ou, se for caso litigioso, será fixado pelo juiz, a isso se dá o nome de direito de visita.

Ainda de acordo com o que cita Coelho, o direito de visita poderá se estender a outros parentes, como os avós, tios, e até mesmo madrinhãs e padrinhos.

Quando se aplica esse tipo de guarda o não guardião deverá também supervisionar os interesses do filho, pois essa guarda não se altera o poder familiar que mesmo com o divórcio não se acaba, devendo colaborar com a manutenção da educação do menor, como expõe a segunda parte do artigo 1.589 do código civil.

Dias (2013, p. 458) confirma o dizer do artigo citado, em vista que a escola tem o dever de informar ao pai e a mãe, ainda que o não guardião não resida com o filho, sobre a frequência e rendimento, bem como todas as informações inerentes ao menor, assim Freitas (s/a) ressalta que:

A lei sempre conferiu ambos pais o direito de fiscalização, auxílio e decisão sobre o filho independentemente da guarda, através do instituto do Poder Familiar. Na prática, contudo, o poder-dever do pai ou mãe que não recebeu a guarda física da criança, geralmente se sente impedido de auxiliar o guardião na educação, orientação, restando-lhe tão somente o auxílio do sustento do filho através da pensão alimentícia, o que juridicamente sempre foi um erro mas na prática era reiterado (FREITAS, s/a).

Esse modelo de guarda dependendo do caso não é o mais benéfico para o menor, em vista do afastamento que ocorre entre eles depois da dissolução da sociedade conjugal, pois todas as atribuições fica a cargo da mãe, sendo ela que decide tudo da vida do filho sem precisar da autorização do outro, ocasionando com o decorrer do tempo um afastamento do não guardião com o seu filho, conforme exposto:

Welter (2009) explica acerca da desvantagem da guarda unilateral:

A guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito de igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos (WELTER, 2009).

Há outros dois institutos que não estão na lei, mas que são definidos pela doutrina, um deles é a guarda alternada, esse tipo de guarda é bastante confundido com a guarda compartilhada, quando na verdade elas são bem diferentes.

Entende-se por guarda alternada aquela que o filho permanece períodos com cada genitor, Oliveira (2010), explica que cada um dos genitores vai possuir a guarda do filho de maneira alternada, ou seja, vai ser fixados de maneira periódica, podendo ser anual, semestral ou mensal e dependendo do caso, a família poderá estipular de maneira organizada no dia a dia, portanto ambos terão a guarda física e jurídica do menor e exercerão de forma única, desta maneira aquele que tiver a guarda do menor naquele período é como se tivesse a guarda unilateral, acarretando todas as suas atribuições, apenas com a diferença da alternância.

Assim:

A guarda alternada tem sua verdadeira gênese no direito de visitas, quando ajustam os pais, ou sentença judicial termina que os filhos fiquem na posse física de um dos genitores, garantindo ao outro um período próprio de visitação, normalmente em finais de semana intercalados, acrescidos de um ou mais dias de visitas durante a semana, alternando sua estadia na casa dos pais, de acordo com o calendário de visitas ajustado por acordo, ou ordenado por sentença. (MADALENO *apud* OLIVEIRA, 2010)

Desta forma, a criança passa um determinado tempo com a mãe e outro com o pai, alguns autores criticam esse modelo de guarda, em vista da continuidade do lar familiar, podendo levar a criança a confundir hábitos, tais como o horário de dormir, o que comer, a maneira de falar e de se vestir. Assim explica Barreto (2003):

É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança. Objeta-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. Esta é a modalidade a que se refere, equivocadamente, o eminente advogado supracitado. Suas críticas podem ser pertinentes, como visto, à guarda alternada, nunca à compartilhada. (BARRETO, 2003)

Diferente, portanto, da guarda compartilhada, em vista que na guarda alternada um dos genitores em seu período estabelecido, decide tudo da vida da criança, sem consultar o outro, o que não ocorre na guarda compartilhada, onde ambos detêm a guarda do menor e necessariamente tem que decidir tudo em conjunto, além do mais, na guarda alternada rege-se pelas mesmas prerrogativas da guarda unilateral, o que não ocorre no compartilhamento. Desta forma, Silveira (2012) explica:

Não há compartilhamento porque embora os pais consentam em que a guarda não seja exclusiva de nenhum deles por tempo indeterminado também sabem que não é de ambos a um só tempo. Criam-se regras, espaços próprios, tempos próprios e o filho participará dessa alternância sistematizada de convivência. (SILVEIRA, 2012)

Outro modelo de guarda é o aninhamento ou nidação, é muito pouco utilizado, em vista que a criança possui uma residência fixa, enquanto os pais é que se mudam de tempos em tempos para a casa, deste modo é ao contrário da guarda alternada, onde os filhos que fazem a alternância de residência. De acordo com Araújo (2014, p. 15):

Para promovê-la, é necessário certo padrão econômico, uma vez que são necessárias três residências, a do pai, da mãe e do filho. Os filhos são colocados em um local fixo e os pais que alternam de moradia. Cada um passa um período determinado com o filho. Apesar da convivência se tornar favorável ao genitor e à criança, o aninhamento ou nidação foge dos nossos padrões culturais, podendo, também, acarretar à criança uma instabilidade emocional e física, como ocorre na guarda alternada, onde o filho terá que se adequar, a cada período de convivência, de forma diferenciada, aos parâmetros impostos pelos pais para a sua criação. (ARAÚJO, 2014, p.15)

Deste modo esse modelo de guarda é raro que seja aplicado, como explicado acima, os pais tem que ter um padrão de vida alto, pois necessita da manutenção de 3 casas, onde eles tem que se deslocar para a residência do filho, além de trazer instabilidade acerca dos costumes de casa, na organização e rotina dos filhos. Se torna dificultosa também pelo fato de que, após a separação muitas vezes os pais formam uma nova família, ficando inviável eles abandonarem a família por um

tempo para morar na casa do filho.

A guarda compartilhada é uma modalidade nova e está regulamentada no Código Civil, foi inserida na legislação pela lei 11.698/08, e era aplicada como forma de exceção. Segundo Freitas:

A lei da Guarda Compartilhada de 2008, embora sugerisse sua aplicação, não a impunha como faz a nova lei de 2014. Sua aplicação geralmente ocorria em casos de acordo, dificilmente se vislumbrando decisões judiciais que fixasse a Guarda Compartilhada em casos de litígio. (FREITAS, s/a)

Deste modo, mesmo que regulamentada em lei, a guarda compartilhada não era muito aplicada, em vista que quando havia casos de separação litigiosa os juízes não aplicavam a guarda compartilhada por entenderem que neste caso não seria possível sua eficácia.

A lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, alterou os dispositivos 1.583, 1.584 e 1.585 e permitiu o que antes era uma opção da justiça, agora ser regra geral quando os pais não entram em um consenso sobre a guarda. Esse novo modelo tem o objetivo de manter os genitores mais próximos dos filhos havendo uma corresponsabilidade entre os pais, deste modo os pais terão deveres e obrigações iguais, de forma que nenhum ficará no plano secundário com a obrigação de pagar pensão e fazer visitas aos finais de semana.

A professora Akel complementa ainda que:

Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole. (AKEL, s/a, p. 2)

Silva (2011, p. 1) esclarece que “a guarda compartilhada não permite, portanto, que nenhum dos pais se exima das suas responsabilidades e, muito menos, que um dos pais não possa exercer esse dever para com os filhos”, logo a separação não terá tanto impacto afetivo e psicológico na vida dos filhos, pois com esse método de guarda os pais estão atuando em pé de igualdade, evitando-se a ocorrência da alienação parental.

Canezin (s/a), conceitua guarda compartilhada da seguinte maneira: “A guarda compartilhada, pai e mãe, divide a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo, e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho menor, quando aqueles estão separados”.

A juíza Cherulli (s/a) salienta que “o marido passa a ser ex-marido; a mulher passa a ser ex-mulher; o companheiro, ex-companheiro; a companheira, ex

companheira; mas os filhos; os filhos não, eles serão sempre filhos”. Deste modo, mesmo com a separação do casal, as obrigações quanto aos filhos continuam e os pais deverão sempre verificar o melhor interesse do menor, para que ele possa ter um ambiente saudável para se desenvolver, pois o mais importante é a relação das crianças com ambos os pais.

Dias (2013, p. 454) explica:

...Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma intensa na vida dos filhos. (DIAS, 2013, p.454)

Assim, o que se visa com a guarda é a manutenção dos laços afetivos, fazendo com que se diminua o afastamento que a guarda unilateral proporciona, visto que na guarda compartilhada tem-se uma maior aproximação dos pais com os filhos, fazendo com que o poder familiar seja exercido pelos dois de forma igual, bem como que os impactos da separação sejam diminuídos.

A lei ressalta a preferência pelo compartilhamento sempre que possível sua aplicação. Dias (2013, p. 455) explica:

O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais a mercê de acordos firmados entre os pais. Está contemplada expressamente na norma legal como preferencial. (DIAS, 2013, p. 455)

O objetivo da guarda compartilhada, portanto, é manter a convivência de dos pais com seus filhos, a fim de atenuar os impactos da separação na vida do menor. Deste modo, se tem a união dos pais em prol dos interesses dos filhos, bem como sua harmonia e afetividade mantida.

3.2 REQUISITOS

A guarda compartilhada passou a ser regra no ordenamento jurídico. O Código Civil, em seu artigo **art. 1.584 § 2º**, disciplina que, quando não houver acordo entre os pais referente a guarda do filho e, se ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar, será aplicado a guarda compartilhada, salvo se um dos pais declarar que não deseja a guarda do menor. Deste modo, a guarda compartilhada poderá ser aplicada mesmo em caso de divergência entre os pais, devendo tão somente levar em conta o melhor interesse do menor.

O juiz, na audiência de conciliação, informará o pai e a mãe do significado da

guarda compartilhada, sua importância e similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, conforme o artigo 1.584 § 1º. Deste modo, o Juiz em audiência deverá informar o que é a guarda compartilhada e analisar o caso concreto para averiguar se este tipo de guarda é a melhor opção para aquela família, analisando assim se os pais estão aptos ao exercício da guarda, poderá contar com a ajuda da equipe interdisciplinar, conforme exposto no artigo 1.584 § 3º:

Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (BRASIL, 2002)

Caso o Juiz verifique que nem o pai nem a mãe não devam permanecer com o filho, deferirá a guarda a quem revele maior compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidades, podendo ser atribuída à avó, tio, etc., conforme expõe o § 5º, do artigo 1.584:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2002)

O Juiz também decidirá como será a convivência dos pais com os filhos, se respaldando sempre no melhor interesse do menor. Silva (2011. p. 9) cita que “a convivência na guarda compartilhada, baseia-se na necessidade de preservação dos vínculos da criança com ambos os pais”.

Assim a convivência será atribuída à vida cotidiana do menor, podendo ser acordado que a mãe leva um dia na escola e o pai busca; que um dia o filho almoça na casa de um entre outros, sendo divididas essas funções de forma igual para que cada pai e cada mãe tenha um convívio equilibrado com o filho.

Na guarda compartilhada a criança terá uma residência fixa, sendo que o este genitor terá a custódia e ambos os pais terão o poder familiar e a guarda do filho, deste modo o genitor que não detém a custódia do filho, dependendo do caso concreto, poderá pagar pensão alimentícia, pois além dos pais dividirem deveres e obrigações as despesas também serão divididas, em vista que como a criança terá uma residência fixa, aquele genitor terá mais gasto que o outro, assim explica Meneses:

É errônea a ideia de que durante a guarda compartilhada não mais subsiste a obrigação de pagamento da pensão alimentícia. Como afirmado anteriormente, muito embora as decisões a respeito dos filhos sejam tomadas por ambos os pais, a guarda, evidentemente, fica com apenas um deles. Assim, àquele que não ficou com a guarda cabe a obrigação de ajudar financeiramente. (MENESES, 2014)

Deverá ter uma divisão proporcional neste caso e, aquele genitor que deixar de pagar a pensão sofre as mesmas sanções que o não pagamento de pensão no caso de guarda unilateral. Conforme explica Dias:

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras. (DIAS, 2013, p.457)

Deste modo, a pensão alimentícia deverá ser paga pelo não guardião, não tendo a guarda compartilhada o condão de exonerar o pagamento de alimentos.

3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS

Inúmeras são as vantagens da guarda compartilhada, pois nesse instituto tem como objetivo aproximar os pais dos filhos, mantendo seus laços afetivos, além de diminuir os impactos da separação na vida do menor, visando assim a proteção da criança e do adolescente.

Abrahão cita algumas vantagens da guarda:

[...] através do exercício conjunto da educação e cuidados da prole, os pais afastam a incidência da chamada Síndrome da Alienação Parental, que é tão frequente nos casos de guarda exclusiva, principalmente quando há conflito entre o genitor guardião e o não guardião

[...] a cooperação entre pais e o compartilhamento dos deveres relativos à pessoa dos filhos minimizam a probidade das crianças e adolescentes desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais

[...] diminuir as pressões e responsabilidades em relação à educação do filho que sempre se concentraram na mãe, que geralmente permaneceria com a guarda dos filhos enquanto o pai assumia o papel apenas de provedor, de alimentante

[...] a participação de ambos os genitores em todas as decisões acerca de atos e interesses dos filhos, outra vantagem do modelo estaria no fato de que há um progressivo aumento no respeito mútuo entre aqueles”

[...] a guarda conjunta evitaria os escândalos e as dissimulações promovidas por algumas mães que, alegando o instituto materno de proteção da prole, tentam afastar o pai do relacionamento com o filho, para assim não perder o controle da situação e ter maior poder de negociação com o não guardião. (ABRAHÃO *apud* FONTELES, 2014)

Com a guarda compartilhada, os pais sempre estão atuando com pé de igualdade, pois ambos terão as mesmas prerrogativas em relação a guarda da prole, além de haver uma maior aproximação de ambos, o que ajuda a evitar a alienação parental, visto que os dois estarão presentes no convívio com o filho.

Segundo Vieira (2015, p. 62) uma das vantagens da guarda compartilhada é a garantia dos pais em exercer, de forma igualitária, os poderes inerentes ao poder familiar e a guarda. Deste modo, ambos tem a guarda jurídica, havendo assim uma cooperação dos dois na criação do filho, proporcionando um crescimento saudável junto aos pais, evitando futuramente problemas emocionais causados pela falta de um deles em sua criação.

Neste modelo de guarda não há o sistema de visitação predeterminado, em vista que ambos tem a guarda jurídica do menor, diminuindo assim eventuais conflitos acerca dos horários de visitação, dificultando mais uma vez a ocorrência da alienação parental, uma vez que o genitor que estiver morando com a criança não poderá criar empecilhos quanto a visita, e a visão da criança não será que aquele genitor só serve para visita aos finais de semanas e para pagar a pensão. Garante assim, o princípio do melhor interesse do menor, de forma a prevalecer à igualdade parental imposta pela Constituição Federal. Assim, os laços afetivos serão mantidos e a criança poderá crescer sem ter que abrir mão de um genitor, proporcionando assim um crescimento saudável ao lado de ambos os pais.

Todavia, em alguns casos, a guarda compartilhada não será a mais benéfica para a criança, pois a lei impõe a guarda compartilhada como regra geral, mesmo nos casos de conflitos entre os pais, sendo que o único requisito que a lei impõe é os pais estarem aptos a exercer o poder familiar, e aqueles pais que vivem em constante conflitos terão muito mais dificuldades em administrar essa guarda, podendo trazer prejuízos a criança. Esses conflitos podem recair sobre questões bobas, como quem vai buscar e levar na escola, que roupa vai vestir, qual o tipo de alimentação, entre outras.

Sobre as divergências Bressan explica:

Também, poderiam ocorrer novas batalhas judiciais quando um dos genitores, como representante do filho, quisesse praticar algum ato que o outro não concordasse, gerando situações embaraçosas, que na verdade, poderiam ser resolvidas facilmente. (BRESSAN, 2009)

A guarda também não será eficaz se um dos genitores fazer usos de substâncias entorpecentes, ou possuir algum distúrbio, os quais poderiam colocar o filho em

situação de risco, neste sentido:

Pais em conflitos constantes, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivo aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menor contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitar. (GRISARD FILHO apud NASCIMENTO E BARBOSA, 2015)

Desta forma, se os pais não conseguem chegar a acordos simples a respeito do cotidiano do filho, ou possui alguma dependência ou distúrbio a ponto de prejudicar e pôr em risco o filho, a guarda compartilhada não será eficaz, pois o que se preza é o bem estar da criança e seu melhor interesse, assim a criança e o adolescente tem que ser criado e cuidado por quem melhor poderá exercer responsabilidades.

Não é porque a guarda compartilhada virou regra geral no ordenamento jurídico que os juízes sairão aplicando a guarda para todos os casos. É necessário, conforme exposto ao longo do presente trabalho, que o juiz analise o caso concreto e faça um acompanhamento com a equipe multidisciplinar e, analisando o estudo psicossocial, irá averiguar se a guarda compartilhada é realmente a melhor opção para o caso em tela.

Há entendimentos no sentido que a guarda compartilhada tem que ser aplicada mesmo em casos onde há conflitos dos pais, fazendo valer o que a lei impõe, caso este defendido por Silva:

É muito melhor para a criança conviver com conflito durante algum tempo do que perder a presença amorosa de um pai ou uma mãe. O enfraquecimento do laço afetivo entre pais e filhos causa graves traumas as crianças, esse laço dificilmente se refaz mais tarde. Ademais, algum nível de conflito é natural nas relações humanas e acontece diante dos filhos mesmo entre os casais não separados. (SILVA, 2011, p. 6)

Deste modo, a autora mostra que com o passar do tempo o conflito vai perdendo força e a guarda compartilhada vai sendo cada vez mais eficaz, pois percebem que ambos estão em pé de igualdade e não adianta ficar brigando. Ressalta ainda que muitas vezes os advogados das partes usam essa estratégia do desentendimento para mostrar que a guarda compartilhada não poderá ser aplicada.

Porém há autores que entendem de forma contrária, e sustentam que se a familiar conviver com muitos conflitos a melhor opção será a guarda unilateral, como expõe Leite (apud PRADO, 2013, p. 19): “é melhor que a criança viva com um só genitor, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maior da criança”.

Nesse sentido Vieira relata:

Nem toda família se adapta à guarda compartilhada, especialmente aquelas em que os pais permanecem sempre em conflitos, sabotando um ao outro, contaminando a educação dos filhos. Para essas famílias, a guarda compartilhada será muito lesiva aos filhos, devendo se então, optar pela guarda única e sendo a guarda atribuída ao genitor menos contestador e mais disponível aceitar o direito amplo de visita do outro genitor. (VIEIRA, 2015, p. 63)

Discute-se se a guarda compartilhada é eficaz em casos em que os pais não moram na mesma cidade. Para Prado (2013, p. 19), “exercer a guarda compartilhada, ambos os pais devem morar na mesma cidade, ou em cidades vizinhas, para juntos poderem decidir sobre as questões referentes aos filhos”.

A guarda compartilhada pressupõe a convivência equilibrada dos pais com os filhos, não somente as tomadas de decisões, mas abrange também o convívio físico de ambos e, com um dos pais morando em outra cidade, isso resta prejudicado. Porém não é caso de empecilho para obtenção da guarda compartilhada, que poderá ser concedida mesmo em casos de pais que morem em cidades diferentes. O que se discute é a eficácia que neste caso fica prejudicada. Há casos em que a guarda unilateral será a melhor opção para aquela família se a distância de casas for muito grande.

3.4 DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Com a ruptura da sociedade conjugal surgem diversos conflitos e dentre eles a discussão da guarda do filho. Muitas vezes, pai ou mãe, se sente traído e tomado pelo sentimento de vingança passa a utilizar o filho como meio para atingir o outro. É neste momento que surge os atos da alienação parental. Segundo Silva (2011, p. 5), quando da separação, é atribuída à guarda unilateral se permite que guardião que detém a guarda desvalorizar e desmanchar a imagem do outro, pois imputando falsas condutas, abrindo margem para a instauração da alienação parental, pois a criança de tanto que o alienador fala, passa a acreditar e visualizar a situação que o pai ou a mãe realmente não estão presentes em sua vida. A síndrome da alienação parental começa acontecer, pois vira uma situação propensa para a criança rejeitar o outro.

Nesse sentido, Speroni (2015, p.40) cita que “a guarda compartilhada é primordial para que não aconteça a alienação parental, pois protege a criança de possíveis prejuízos que a guarda unilateral pode trazer”.

A guarda compartilhada é um instrumento muito importante no que tange

a convivência de pais separados com os filhos, sendo seu objetivo a diminuição e abstenção do afastamento de pais com seus filhos, bem como o fortalecimento dos laços afetivos, fazendo com que os filhos tenham ambos os pais participando ativamente de sua educação, crescimento e desenvolvimento, pois é direito deles a convivência com ambos os pais. Neste sentido disciplina Tudela e Fernandes:

Essa é verdadeiro cerne da guarda compartilhada, evitar disputas, preterir a criança de sujeitar-se a manipulações psicológicas, fazer valer o superior interesse da criança e os seus demais direitos resguardados em lei. Equivale dizer, aqui a alienação parental não tem chance. (TUDELA E FERNANDES, 2010, p. 14)

Como há uma maior ligação de pais e filhos neste modelo de guarda, onde os pais atuam em pé de igualdade, a incidência da alienação parental e, conseqüentemente a instalação da síndrome da alienação parental, são diminuídos e podem até ser evitados se aplicado desde o início, visto que ambos tem a guarda e exerceram o poder familiar ativamente, dificultando assim o alienador a desmoralizar e inventar coisas a respeito do outro genitor, em vista que ele estará ativamente na vida da criança. Tudela e Fernandes citam:

Dessa forma, a possibilidade de partilhar a guarda surge em compasso com a possibilidade de se coibir cada vez mais a síndrome de alienação parental no seio das famílias, cujos pais se separaram de forma traumática, de modo que guardam sentimentos de vingança por parte do genitor ou da genitora. Daí a importância de se estabelecer uma guarda onde sejam atuantes tanto o pai como a mãe, conjuntamente, e de forma mútua. Daí que se vê que o instituto em apreço é de grande valia para a prevenção de conflitos no tocante a problemática da síndrome da alienação parental, tão comum no panorama das famílias brasileiras. Longe de serem postulados longínquos, posto que tanto a guarda compartilhada quanto a unilateral tem a sua importância, o fato é que quando estabelecida a guarda unilateral, com práticas de alienação parental, o filho poderá passar por uma confusão psicológica, imaginando o repúdio de um, em prejuízo do outro, caso constitua algum de vínculo com o genitor não guardião, ora alienado. (TUDELA E FERNANDES, 2010, p.12/13)

A guarda compartilhada surge, então, como uma maneira de se diminuir a incidência da alienação parental, uma vez que como já citado o objetivo da guarda compartilhada é que os pais atuem de forma igual, tendo as mesmas prerrogativas em relação ao filho, não criando uma situação de afastamento como ocorre na guarda unilateral, pois conforme o tempo passa, o afastamento é inevitável. Cria-se um ambiente muito mais benéfico para o alienador, pois o filho sempre estará com ele, e como na maioria das vezes, se possui rancor e magoas, tudo que o alienador deseja é afastar pai e filho, ou mãe e filho. Deste modo o filho é usado como um jogo e meio de vingança. Garcia explica:

E como a alienação parental é uma manipulação por parte de um dos genitores aos

filhos, a guarda compartilhada é uma solução para este problema, através dela os genitores podem participar efetivamente da educação e presenciar o crescimento dos filhos, evitando assim um possível desgaste psicológico da criança. Pois nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida.

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. (GARCIA, 2011)

Desta forma, quando se aplica a guarda compartilhada, as falas mentirosas e a tentativa de vingança que se passa a ter, possuem menos chances de serem aplicadas. Os pais terão um convívio diário, os filhos vão ver que sim, o pai também o ama, sempre está no seu cotidiano e, aquele genitor, não será visto somente como um mero visitante, como ocorre na guarda unilateral.

A lei da alienação parental, que será estudada a seguir, surgiu como uma tentativa de inibição dessa prática que traz enormes prejuízos ao desenvolvimento da criança. A lei vem para resguardar o direito dos filhos, com consonância a guarda compartilhada, que proporciona convívio diário com ambos os pais. Desta forma, a alienação parental terá menores chances de ser aplicada.

A separação dos pais reflete diretamente nos filhos, principalmente no psicológico, ocasionando diversas mudanças comportamentais. Com a guarda compartilhada foi possível observar que este novo modelo veio para proporcionar uma melhora no âmbito familiar de forma que a separação entre os cônjuges não venha afetar a vida dos filhos, fazendo assim que os laços familiares continuem fortes, garantindo ao menor a efetividade dos pais em suas vidas, uma vez que tanto o pai quanto a mãe terão direitos iguais sobre o filho, fazendo com que o poder familiar seja atribuído aos dois, possibilitando um convívio mais harmonioso e menos prejudicial para o menor.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

4.1 DEFINIÇÃO E ASPECTOS GERAIS

A alienação parental, de acordo com Buosi (2012, p. 54-59), ocorre quando um dos genitores não aceita a ruptura da vida conjugal e, tomado pelo sentimento de vingança, passa a utilizar os filhos para atingir o desafeto com o objetivo de que os

filhos venham romper os laços afetivos e criem sentimentos de ansiedade e temor em relação aquele genitor, sendo o objetivo do alienador afastar o filho do outro genitor, a fim de atingi-lo para que a criança não queira vê-lo e tenha raiva de estar em sua na presença.

A alienação parental são os atos praticados pelos alienadores, são as falas mentirosas a desmoralização do outro para que a criança se afaste do não guardião dentre outras práticas, Dias (2012, p.46) cita que é feita uma lavagem cerebral com a criança implantando falsas memórias e fatos que não ocorreram, gerando assim contradições de sentimentos e destruição de vínculo afetivo com o outro genitor.

Em relação aos alienadores:

Embora ainda não haja números precisos sobre o tema, alguns dados ajudam a entender por que a mãe tem mais chance de se tornar alienadora. De acordo com as Estatísticas de Registro Civil, divulgadas em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 87,3% dos casos são elas que detêm a guarda dos filhos em casos de separação. Nesse contexto, ainda segundo o IBGE, cerca de 1/3 dos filhos perde contato com os pais, sendo privados do afeto e do convívio com o genitor ausente. (PALERMO *apud* NOGUEIRA E NORONHA, 2015)

Os atos da alienação surgem quando da disputa entre os pais, geralmente em virtude da aplicação da guarda unilateral é mais comum ser praticada pela mãe, pois ela é quem fica mais tempo com a criança, porém nada impede que seja feito pelo pai nos dias de visita, ou nos piores dos casos poderá ser praticado por ambos simultaneamente.

4.2 A LEI 12.318/ 2010

A alienação parental esta disciplinada na lei nº 12.318/2010, que veio para proteger a criança e o adolescente, garantindo seus direitos fundamentais bem como a convivência saudável e harmoniosa dos filhos com os pais, tentando assim inibir os impactos da separação na vida da criança mantendo os laços familiares.

O artigo 2º da lei disciplina a definição clara e legal da alienação parental, dizendo que:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

Portanto, o alienador pode ser tanto a mãe quanto o pai, alguém que detém a guarda da criança ou até mesmo um terceiro como os avós, tios, entre outros,

conforme será estudada a frente. A lei diz também que não há a necessidade da criança sentir ódio e repudia ao outro genitor, pois somente o ato de influenciar por si só é considerado alienação parental.

Os atos praticados pelo alienador são cruéis e causam transtorno na evolução da criança e do adolescente. O parágrafo único do artigo 2º contempla algumas atitudes do alienador, sendo este rol exemplificativo:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

Quando o não guardião sentir lesado seu direito de convivência com o filho, verificando que há condutas prejudiciais, ainda que não tenha percebido a ocorrência da alienação parental, poderá se valer do poder judiciário, onde entrará com uma ação autônoma, quando ocorre em vias originais, e própria ou incidental, que advém de outro processo que esteja interligado com este, conforme nos diz o artigo 4º:

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

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (BRASIL, 2010)

Deste modo quando forem caracterizados os atos típicos da alienação, a lei vem e protege o convívio do genitor lesado e do filho prejudicado pela não convivência. Dias cita que, quando se tratar de denúncias graves, como a imputação de abuso sexual, a justiça tem tomado algumas medidas alternativas para que as visitas sejam resguardadas nessas suspeitas até que se concluam as investigações. Ainda sobre a possibilidade de se fazer visitas no fórum, o autor cita à criação do vestiário, ou a

nomeação de uma pessoa em quem o genitor guardião confie para acompanhar a criança nas visitas com o outro genitor, ou até mesmo que se faça visitas na sede do conselho tutelar.

O juiz tem que ter cautela quanto à modificação de visita ou suspensão, pois muitas vezes o afastamento de pai e filho beneficia a instauração da alienação parental, conforme mostrado abaixo:

Muitas vezes até, a resistência oferecida pelos filhos ao relacionamento com um dos pais é tamanha, que a alienação parental acaba por contar, inclusive, com o beneplácito do Poder Judiciário. Não raro, diante de circunstâncias como essas, alguns juízes chegam até mesmo a deferir a suspensão do regime de visitas. É o quanto basta para que se tenha a síndrome por instalada em caráter definitivo (FONSECA *apud* BUOSI, 2012, p. 127)

O artigo 6º dispõe sobre as sanções e as medidas possíveis aplicadas pelo juiz ao alienante quando se verifica a incidência da alienação parental:

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

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

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do Genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010)

O Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, verificando que há indícios da prática da alienação parental, poderá aplicar advertência aos alienadores, se for mais de um, se não for suficiente poderá aplicar uma multa e ainda poderá modificar a modalidade de guarda e se for o caso deverá suspender a autoridade parental daquele pai ou mãe (CARLI e BALSAN, s/a), além de determinar uma perícia psicológica ou biopsicossocial conforme disciplina o artigo 5º, devendo o laudo ser apresentado em 90 dias.

Essa perícia contará com uma equipe multidisciplinar, comprovadamente

habilitados e, tendo cada membro uma área de atuação específica, com histórico de atuação em casos de alienação parental em vista das complexidade dos fatos. Desta forma, eles iram fazer uma avaliação psicológica ou biopsicossocial, sendo esta aquela que abrange influencias biológicas, psicológicas e sociais e será analisado o histórico do ex casal, avaliação da personalidade dos envolvidos, bem como a reação da criança diante das práticas e atos alienadores, como também todos os aspectos sociais, morais e psicológicos afim de diagnosticar os atos da alienação parental, para o quanto antes tomar as medidas necessárias para resguardar a criança e o adolescente (NOGUEIRA e NORONHA, 2015).

O artigo 3º desta lei é claro quanto aos direitos que devem ser gozados pela criança e adolescente, disciplinando assim:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010)

Deste modo, a criança e o adolescente tem o direito de convivência familiar de forma não prejudicial ao seu desenvolvimento e com ambos os pais. Porém, com a ocorrência da alienação parental e conseqüentemente a Síndrome da Alienação que será estudada em seguida, não é possível essa convivência familiar, pois o que se tem com esses institutos é justamente o afastamento da criança com o não guardião, sua desmoralização e, até mesmo, o ódio e a repudia ao vê-lo, deste modo não sendo possível o cumprimento dessas garantias dentre outras que criança e ao adolescente goza para seu desenvolvimento saudável junto de sua família e como adoção de medida como forma de inibição da alienação parental, o juiz poderá aplicar a guarda compartilhada ou a sua inversão.

4.3 O ALIENADOR

A alienação parental pode ser realizada tanto pela mãe quanto pelo pai simultaneamente. Silva (2011, p. 55-56) relata que é mais comum ser praticada pela mãe, pois ela é quem dedica mais tempo à criança, quando a guarda unilateral é atribuída a ela e, como o pai, na maioria das vezes fica com o dever de pagar pensão alimentícia, essa situação fica desfavorável a ele, pois a mãe tenta o excluir da relação familiar e criar uma imagem na cabeça da criança que ele ali só serve para pagar os alimentos e nada mais.

Mas também o ato de alienar pode advim do pai da criança. Silva (2011, p.

56) preceitua que nos momentos de visita o pai pode manipular a criança ou o adolescente usando de meios para convencê-los de ir morar com ele e essa criança pode repentinamente pedir para morar com o pai.

Desta forma o pai pode ingressar com uma ação para modificar a guarda, podendo usar de meios que denigrem a imagem da mãe, alegando que a criança é mal tratada, que a mãe não tem condições de criar a criança, podendo imputar falsas agressões sofridas pela criança. Enfim, pode usar de vários meios de vingança contra a ex-mulher para tomar o filho e fazê-lo sofrer pela perda da guarda.

Deste modo os alienadores não pensam no bem estar da criança ou adolescente, o que eles querem na verdade é atingir o outro a fim de fazê-lo sofrer, usando o filho como um meio de troca.

Ainda de acordo com os estudos de Silva (2011, p. 57), a alienação parental pode ser praticada por terceiros que, de alguma forma, tem interesse na destruição da relação familiar, a fim de defender ou o pai ou a mãe. Sendo assim, pode ser praticado pelos avós que não gostam do outro cônjuge e ficam influenciando o genitor contra o outro, podendo utilizar diversos argumentos como os religiosos ou médicos dizendo que sua saúde está sendo afetada por não gostar e não suportar a relação deles dizendo que o outro é mal influencia, entre outros.

Pode ser praticado também por uma tia, irmão ou até mesmo por terceiros estranhos a relação familiar como o advogado da parte ou alguém que esteja interessado em atrapalhar a convivência de ambos os pais com a criança podendo até mesmo ser uma madrasta ou padrasto interessado na destruição familiar.

4.4 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Síndrome da Alienação Parental, mais conhecida como SAP, conforme estudos de Silva (2011, p. 47), é o conjunto de sintomas que a criança conforme vai sendo alienada vem apresentando, podendo ser temor em relação ao outro, desejo de não vê-lo mais, medo de ir às visitas periódicas entre outros que serão estudados ao decorrer do trabalho.

De acordo com Fonseca, há diferença entre alienação e síndrome da alienação parental:

A alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro. Já a SAP diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. (FONSECA, 1999)

Portanto a síndrome da alienação parental é os sentimentos, os sintomas e a mudança de comportamento que a criança sofre em decorrência dos atos praticados

pelos alienadores.

Buosi (2012, p. 60) afirma que os atos da alienação parental é uma verdadeira tortura psicológica feita com a criança, sendo muito pouca conhecida pela sociedade.

Verifica-se o momento que ocorreu a síndrome quando a criança passa a odiar aquele genitor, negando vê-lo, concordando com as palavras e atos do alienador e repetindo isso para o outro genitor, passando a trata-lo com agressividade.

Diante disto, Lagrasta Neto diz:

Esse afastamento acaba por obrigar a criança ou adolescente a participar da patologia do alienador, convencidos da maldade ou incapacidade do alienador e impedidos de expressar quaisquer sentimentos, pois, caso o façam, poderão descontentar o alienador, atemorizados de perder também a convivência ou o “amor” deste, que os chantageia mostrando- se como vítima de “abandono”. (LAGRASTA NETO *apud* BUOSI 2012, p. 61)

A síndrome pode ocorrer de duas formas. Segundo Silva (2011, p. 62 e 63), a primeira delas é a obstrução de todo contato, na qual o se utiliza um argumento de que o outro genitor não pode dar atenção ao filho, pois trabalha muito e se a criança for à visita vai o atrapalhar que aquele genitor não tem tempo pra ele, insistindo que não é bom o filho ir ver o pai, e a segunda forma é mais danosa, não que a primeira não seja, mas essa é mais séria, pois aqui são atos constituídos de denúncias, de falsos abusos, podendo ser emocionais ou até sexuais, alegando maus tratos quando o filho está sob os cuidados do outro genitor.

É necessário que se faça uma análise para verificar se está ocorrendo a síndrome ou não, pois nem todo o afastamento da criança com o outro genitor advém da síndrome. Buosi (2012, p. 63) esclarece que esse afastamento pode vim de vários fatores, além de questões individuais da criança e adolescente, pois se a separação se deu quando a criança era muito pequena, não tem como ela assimilar o que ocorreu e se é aplicado a guarda unilateral, se tem um afastamento natural da criança com o pai, isso não quer dizer que a criança está sofrendo dessa síndrome.

Se a criança então tem um relacionamento bom com o outro genitor e não se nega a vê-lo e gosta de ir às visitas, não se tem a síndrome aqui a síndrome, mesmo que esteja sofrendo influência da mãe para manipulá-lo, o que neste caso ocorreria à alienação parental, pois são atos praticados pela mãe e a síndrome é o sentimento e o comportamento negativo da criança diante do outro.

Silva (2011, p. 59) preleciona que o comportamento genitor alienado pode se dar de vários meios, verbalizando as seguintes frases a seguir relacionadas, conjunta ou separadamente, que se tornam fortes indícios da instalação da SAP, “Seu pai (sua

mãe) abandonou vocês”; “Seu Pai (sua mãe) me ameaça, ele vive me perseguindo”; “Seu pai (sua mãe) é desprezível (a), vagabundo, inútil..”; “Vocês deveriam ter vergonha do seu pai (sua mãe)!”.

Pode ser ainda o ato de não passar as ligações do pai para o filho, manter o filho ocupado nos períodos de visita a fim de influenciar para que não ocorra à visita, apresentar seu namorado ou namorada ao filho dizendo que ele sim será seu pai ou sua mãe, realizar atos difamatórios na presença do filho, tomar atitudes em relação à criança sem consultar o outro genitor, impedir ou atrapalhar a visita com ligações sem motivos, entre outras.

4.5 A VÍTIMA E AS SEQUELAS

A fase da infância e adolescência é a mais delicada, visto que se inicia e se desenvolve sua estrutura psíquica e emocional. Com esse jogo de manipulação dos pais a criança vira uma moeda de troca, se torna uma forma de vingança entre eles, trazendo assim inúmeras consequências para a vida da criança. Além do afastamento e a privação da convivência familiar essas atitudes dos pais, trazem consequências psicológicas e emocionais para os filhos.

A separação dos pais, na fase da infância ou adolescência, pode trazer muitos problemas, afetando o seu desenvolvimento. Carli e Balsan (s/a), relatam que a criança poderá ter baixo rendimento na escola, falta de concentração, baixa autoestima, sentimento de culpa e ansiedade, podendo até mesmo se tornar uma criança depressiva, na fase da adolescência poderá apresentar uma conduta agressiva na escola e com os colegas, rebeldia em casa entre outros sintomas. As sequelas na vida da criança podem durar a vida inteira, Carneiro (s/a), explica que além de baixa autoestima e depressão crônica a criança pode desenvolver transtorno de identidade, dificuldade em adaptação e quando adolescente como uma tentativa de vingança ou uma tentativa de chamar atenção poderá fazer usos de drogas e nos casos mais extremos essa situação pode levar ao suicídio.

Vieira e Botta relatam ainda sobre as consequências da SAP:

... Existem também consequências na relação deste filho com os genitores: inicialmente, uma crise de lealdade entre ambos, na qual o afeto por um é entendido como uma traição pelo outro, o que faz com que o filho, muitas vezes, comece a contribuir para a campanha de desmoralização do genitor alienado. Com o tempo, o genitor alienado passa a ser rejeitado ou odiado pelo filho, tornando-se um forasteiro para ele, e tendo o vínculo que os une irremediavelmente destruído, caso tenha ocorrido o hiato de alguns anos sem convivência, principalmente, quando esses anos foram os primordiais para a constituição do filho enquanto sujeito. Já o genitor alienador, patológico, torna-se o principal - às vezes único - modelo do filho, o que gera uma grande tendência de a

criança reproduzir a patologia psicológica no futuro. (VIEIRA e BOTTA, 2013)

É de suma importância a identificação rápida da síndrome da alienação parental, conforme relatam Vieira e Botta:

É primordial que psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais conheçam os critérios de identificação da Alienação Parental, para poder diferenciar o ódio exacerbado que leva a um sentimento de vingança e à programação do filho para afastar-se do outro genitor, reproduzindo falsas denúncias contra ele, de situações em que o genitor rejeitado ou odiado realmente tenha comportamentos depreciáveis, que justifiquem a reação do filho.

Somente o diagnóstico correto permite apontar o tratamento adequado capaz de evitar uma sobreposição de traumas psicológicos para todas as pessoas envolvidas. (VIEIRA e BOTTA, 2013)

A fase de desenvolvimento da criança é que vai traçar sua estrutura psíquica, uma criança que não tem o convívio com o pai ou com a mãe na fase inicial de sua vida poderá desenvolver o que Freud chama de complexo de Édipo. Medeiros relata:

Segundo a psicanálise, uma mãe que pratica a alienação parental pode ter sérios riscos de instaurar em seu filho um grau elevado do complexo de Édipo, fazendo uma transferência do objeto fálico, de seu marido para o seu filho. Tem dificuldade de lidar com a sexualidade do filho aquele pai ou mãe que não conhece e não lida bem com sua própria sexualidade. Um fator importante é a idade da criança. Um bebê privado da mãe sofrerá consequências psíquicas mais sérias do que se, neste mesmo período, perdesse a convivência com seu pai. É importante ressaltar que a perda de um dos genitores sempre influencia o outro cônjuge e, portanto, a criança, já que ainda se encontra em processo de formação de sua subjetividade. (MEDEIROS, 2013)

O Complexo de Édipo se instaura na primeira fase da vida, chamada fase fálica, e tem início aos 3 anos de idade. Segundo Miranda (2013), há uma triangulação familiar, que influenciará na formação daquele indivíduo, nessa idade é onde ele descobre várias proibições que antes lhe eram desconhecidas e conseqüentemente percebe regras e limites, e é nesta fase que a criança vai definir seus comportamentos da vida adulta, principalmente o que no que tange a sexualidade.

Miranda (2013), ainda cita que “no menino o complexo de Édipo se desenvolve através de um investimento objetal para com a mãe, dirigido, primeiramente, para o seio materno, modelo analítico de espelho objetal”. Deste modo nessa fase sua relação com o pai é mera identificação, é uma fase curta, pois o menino passa a ter desejos intensos pela mãe e o pai passa a ser visto como um obstáculo entre eles, nesse momento se inicia o complexo de Édipo.

Esclarece Miranda, citando Freud, quanto ao fim do complexo:

Portanto, o fim do complexo de Édipo é correlativo da instauração da lei. É pelo medo

da castração que o menino começa a desistir de sua paixão incestuosa, iniciando o processo pelo qual acabará por identificar-se com a Lei do Pai, assim para Freud a lei repousa na interdição do incesto. “Os investimentos objetivos são abandonados e substituídos por uma identificação. A autoridade do pai introjetada no ego forma o núcleo do superego, que assume a severidade do pai e perpetua a proibição deste contra o incesto, defendendo o ego do retorno da libido. (MIRANDA, 2013)

São inúmeros casos de SAP pelo mundo Medeiros (2013), traz em seus estudos que em média 20 milhões de criança sofre ou já sofreram alienação parental e de acordo com a pesquisa da organização SpLiTh TwO, sendo esta uma organização de combate a SAP internacional, cerca de 80% das crianças vieram a apresentar os sintomas da síndrome.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o poder familiar sofreu modificação com a evolução da sociedade, em vista que no código de 1916 consagrava-se a chefia familiar, pois o marido era tido como “dono da família”, sendo ele quem tomava todas as decisões acerca de tudo. O estatuto da mulher casada em seu artigo 380 deu mais direitos a mulher, pois previa que o pátrio poder seria exercido pelo marido com a colaboração da mulher, porém se houvesse divergência sobre o pátrio poder o marido é quem tinha a palavra final.

Só com o advento da constituição federal que a expressão chefia familiar restou superado, trazendo previsão expressa do poder familiar, dispondo que ambos os pais tem direitos iguais em relação aos filhos.

Diante da igualdade imposta a ambos os pais nos deveres e responsabilidades quanto aos filhos menores, surgiu a necessidade de verificação quanto a guarda dos filhos após o rompimento da sociedade conjugal.

Atualmente possuímos dois tipos de guarda no ordenamento jurídico, a guarda unilateral e a compartilhada. Contudo, a doutrina classifica mais dois tipos de guardas não regulamentadas em lei, quais sejam: guarda alternada e aninhamento ou nidificação. Entende-se por guarda unilateral aquela atribuída somente a um genitor, geralmente é atribuída a mãe e o pai fica com a obrigação de prestar alimentos e fazer visitas pré-estabelecidas. Neste modelo de guarda o genitor que permanecer com a criança é quem vai decidir tudo em relação a vida do filho, deste modo, não confere a ambos os pais igualdade na convivência e criação do menor.

A segunda e mais nova modalidade regulamentada pelo ordenamento jurídico, é a guarda compartilhada, ela foi regulamentada pela lei 13.058/2014 que alterou os

artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1634 do código civil, e o que antes era uma exceção agora passa a ser regra geral. Esse novo modelo tem o objetivo de manter os genitores mais próximos dos filhos havendo uma corresponsabilidade entre os pais. Deste modo os pais terão deveres e obrigações iguais, de forma que nenhum ficará no plano secundário com a obrigação de pagar pensão e fazer visitas aos finais de semana, garantindo assim maior convivência dos pais com os filhos, proporcionando um crescimento saudável e o fortalecimento dos laços familiares.

Para a concessão da guarda compartilhada o juiz deverá analisar caso a caso, pois como ela atualmente virou regra geral, deverá ser aplicada em casos que os pais divergem sobre a guarda, ou seja, poderá ser aplicada mesmo em casos de conflitos entre os pais, nesse sentido a guarda compartilhada é criticada por alguns doutrinadores que entendem que não será eficaz a guarda compartilhada em um ambiente turbulento em que os pais não conseguem chegar em acordo sobre nada, porém há autores que entendem que esse período de conflito e discussões são passageiros, devendo prevalecer o melhor interesse do menor, e ser respeitado o direito imposto pela constituição federal de convívio com ambos os pais.

O outro tipo de guarda é a guarda alternada, algumas pessoas confundem com a guarda compartilhada, neste tipo de guarda a criança terá uma alternância de residências, ficando tempos com a mãe e tempos com o pai, o período é estabelecido entre eles, podendo ser um mês, seis meses ou um ano, e no período em que o genitor estiver com a criança, ele decidirá tudo em relação a sua vida, é como se fosse a guarda unilateral mais com períodos determinados, diferente da guarda compartilhada, pois a criança terá uma residência fixa e ambos os pais terão a guarda, ou seja os dois poderão e deverá fazer parte do convívio diário com o filho, decidindo tudo de forma conjunta, deste modo prevalecendo a igualdade de ambos quanto ao convívio e criação do filho.

O modelo de guarda aninhamento ou nidadação, assim como a guarda alternada não é regulamentada no código civil, ela é um pouco rara de acontecer, em vista da dificuldade de ser aplicada, pois a criança terá uma residência fixa e quem fará a alternância serão os pais, ficando portanto inviável, vez que muitas vezes aqueles pais já constituíram família e terão que se ausentar para morar períodos pré estabelecidos na casa do filho, além de terem que ter um padrão de vida alto, pois terão que manter cada um duas casas. No período em que aquele pai ou mãe estiver morando com o filho terão as mesmas prerrogativas da guarda unilateral, pois eles que decidiram unilateralmente tudo em relação da vida e hábitos do menor.

Quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, muitas vezes é tomada por

rancor e ressentimentos, tendo dificuldades em lidar com a separação usam o filho como um meio de vingança, para atingir o outro genitor com intuito de fazê-lo sofrer e a melhor arma para se usar é o filho, deste modo o genitor que não aceita a ruptura da sociedade conjugal, faz campanhas de desqualificação em relação ao outro, com o objetivo de separa-los e fazer com que a criança sinta ódio e raiva do outro. Esses atos praticados pelo genitor são chamados de alienação parental. Deste modo a criança diante das falas mentirosas vai criando raiva do outro e, tem como consequência, o afastamento de pai e filho. A alienação parental pode ser praticada por ambos os pais ou, na pior das hipóteses, pelo dois simultaneamente, como também como ser feito por um parente próximo ou alguém interessado na destruição dos vínculos afetivos entre pais e filhos.

Quando a criança passa a odiar o não guardião, desenvolvendo sentimentos de temor, ansiedade e repulsa em relação ao outro, está caracterizado a síndrome da alienação parental, que são os sintomas apresentados pela criança, trazendo como consequências depressão, ansiedade, raiva, temor, baixo autoestima dentre outros, prejudicando muito seu crescimento e desenvolvimento, podendo trazer consequências até mesmo na vida adulta quanto aos seus relacionamentos.

O alienador pode chegar ao ponto de fazer acusação de falsos abusos sexuais, trazendo danos imensuráveis a criança, devendo fazer tratamento psicológico e acompanhamento com profissionais, há casos em que o juiz verificando o grau da alienação parental, poderá ser decretado acompanhamento psicológicos para os pais também.

Deste modo o juiz verificando a incidência da alienação parental, poderá aplicar advertência aos alienadores se for mais de um, se não for suficiente poderá aplicar uma multa e ainda poderá modificar a modalidade de guarda e se for o caso deverá suspender a autoridade parental daquele pai ou mãe, além de determinar uma perícia psicológica ou biopsicossocial.

O objetivo do trabalho foi verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada no combate a alienação parental, deste modo a guarda compartilhada apresentou uma importância no combate a alienação, vez que o objetivo da guarda é aproximar os pais, fazendo com que tenham um convívio diário, e que os impactos da separação não afetem tanto sua vida como ocorre na guarda unilateral, pois neste modelo de guarda os pais atuam em pé de igualdade e independente da separação ambos tem deveres e responsabilidades com o filho, visto que o poder familiar não se perde ou se extingue com a separação, isso é um dever inerente aos pais quanto aos filhos e a guarda compartilhada ressalta esse direito, quando os pais estão ativamente na

vida do filho a incidência da alienação parental e conseqüentemente a instalação da síndrome da alienação parental restam prejudicadas, pois ambos tem a guarda, dificultando assim o alienador a desmoralizar e inventar coisas a respeito do outro genitor.

A guarda compartilhada, portanto, pressupõe um ambiente saudável e harmonioso entre pais e filhos, cujo objetivo é a aproximação e o fortalecimento dos laços familiares que são perdidos quando aplicado a guarda unilateral, deste modo com a aplicação da guarda compartilhada a criança poderá ser criada por ambos os pais e ter seu direito de convívio resguardado na constituição federal garantido, devendo os pais esquecerem suas desavenças e verificar o que é melhor para o filho, colocando o sempre em primeiro lugar, pois a criança precisa de carinho e afeto não só da mãe, mais do pai também, a figura do pai na criação do filho também é muito importante.

REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S. *Guarda Compartilhada: Um avanço para a família moderna*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Guarda%20Compartilhada%20-%20Um%20avan%C3%A7o%20para%20a%20fam%C3%ADlia%20moderna%20-%20Por%20Ana%20Carolina%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 14.out.2016.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Considerações sobre a guarda compartilhada*. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4352/consideracoes-sobre-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 15. set.2016.

BRASIL. *Constituição da república federativa do brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08. Mar. 2016.

_____. *Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 Jun. 2016.

_____. *Lei 13.058 de 22 de Dezembro de 2014. Institui Guarda Compartilhada*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm> Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. *Lei 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 15 Jun. 2016.

_____. *Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. *Lei n.12.318 de 26 de Agosto de 2010. Institui Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 08 mar. 2016.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação parental: uma interface do Direito e da Psicologia*. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BRESSAN, Vinícius Costa. *A guarda compartilhada e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819>. Acesso em 16.set 2016.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *Guarda Compartilhada em Oposição a Guarda Unilateral*. 2013. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_claudete_guarda.pdf>. Acesso em: 16.set.2016.

CARLI E BALSAN, Carla Mitiko Sato e Francys Lyne. *Alienação parental: reflexos no processo ensino aprendizagem*. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3423/3179>>. Acesso em: 13 Jun.2016.

CARNEIRO, Fernanda Souza. *Consequências da síndrome de alienação parental*, 2015. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/6c60d48671f8b5d5a1c60c79dff8f0aa.pdf>. Acesso em: 13 Jun. 2016.

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

COSTA, Sirlei Martins. *Violência sexual e falsas memórias na alienação parental*, 2012. Disponível em: <<http://asmego.org.br/wp-content/uploads/2012/04/violencia-sexual.pdf>>. Acesso em: 28 abril. 2016.

CHERULLI, Eulice Jaqueline da Costa Silva. *Guarda Compartilhada com e sem consenso*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/guarda%20compartilhada%20com%20e%20sem%20consenso.htm>>. Acesso em: 06. out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reflexos Da Nova Lei Da Guarda Compartilhada E Seu Diálogo Com A Lei Da Alienação Parental*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZV9IomEwoH8J:www.douglasfreitas.adv.br/dl_file.php%3Farquivo%3Ddown/arq_2_20150216_094626.pdf%26arq_id%3D2+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16. Set.2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 6.

- GARCIA, André Gilioli. *Guarda Compartilhada E Alienação Parental*. 2011 Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3801>>. Acesso em: 15.set.2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 6.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEDEIRO, Antonio Gabriel Araujo Pimentel. *Síndrome da Alienação Parental e Saúde Mental da Criança: Causas e Seus Efeitos*, 2013. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/sindrome-da-alienacao-parental-e-saude-mental-da-crianca-causas-e-seus-efeitos>>>. Acesso em: 14 Jun. 2016.
- MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira. *Uma Breve Compreensão sobre o Complexo de Édipo*, 2013. Disponível em: <<https://psicologado.com/abordagens/psicanalise/uma-breve-compreensao-sobre-o-complexo-de-edipo>>. Acesso em 03.set. 2016.
- NOGUEIRA, Breno Antonio Macedo e NORONHA, e Elizangela Socorro de Lima. *Alienação parental: aspectos psicológicos e a nova lei da Guarda Compartilhada*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39297/alienacao-parental-aspectos-psicologicos-e-a-nova-lei-da-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 04 Maio. 2016.
- OLIVEIRA, Daniela dos Santos. *Guarda Compartilhada: visão legal e seus aspectos técnicos, psicológicos e sociais*. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4285>. Acesso em: 15.set.2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. V.
- PRADO, Evelyn. Perez. *Guarda Compartilhada Como Meio de Diminuir o Risco de Síndrome de Alienação Parental*. 2013, 40f. Trabalho de Conclusão de Curso, (Bacharel em Direito), Universidade Tuiuti do Paraná.
- SILVA, Denise Maria Perissini. *Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso?* 2. ed. Campinas, SP: Autores Associados LTDA, 2011.
- SPERONI, Emanulle.Louise. Kolling. *Guarda Compartilhada como possível solução para a alienação parental*. 2015, 55f. Trabalho de conclusão de curso, (Bacharel em Direito), Universidade de Santa Cruz do Sul.
- SILVEIRA, Thais. *Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares*. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/guarda-alternada-versus-guarda-compartilhada-vantagens-e-desvantagens-nos-processos-judicia>>. Acesso em: 17.set.2016.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

TUDELA, Daniela, FERNANDES, Welton. 2010. *Guarda Compartilhada Como Forma De Coibir A Alienação Parental*. 2010 Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1350/1037>>. Acesso em: 15.Set.2016.

VIEIRA, Layane.Nobre.Mangueira. *Guarda Compartilhada*. 2015, 68f. Trabalho de conclusão de curso, (Bacharel em Direito), Universidade Tuiuti do Paraná.

VIEIRA. Larissa Tavares, BOTTA, Ricardo Alexandre Aneas. *O efeito devastador da alienação parental: e suas sequelas psicológicas sobre o infante e o genitor alienado*. 2013. Disponível em <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>>. Acesso em 15. Set.2016.

WELTER, Belmiro Pedro. *Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família*. 2009. Disponível em:< <http://www.mprs.mp.br/criminal/criminal/noticias/id16611.htm?impressao=1&>>. Acesso em: 15.set.2016.