



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR
“PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

ELISANGELA APARECIDA DE PAIVA SANTOS

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE EVITAR A
ALIENAÇÃO PARENTAL E A APLICABILIDADE DA LEI Nº
13058/2014**

SÃO JOÃO DEL-REI/MG
2016

ELISANGELA APARECIDA DE PAIVA SANTOS

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE EVITAR A
ALIENAÇÃO PARENTAL E A APLICABILIDADE DA LEI Nº
13058/2014**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a) em Direito, sob a orientação do Prof. Esp. Luciano Machado Ferreira.

SÃO JOÃO DEL-REI/MG
2016

ELISANGELA APARECIDA DE PAIVA SANTOS

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE EVITAR A
ALIENAÇÃO PARENTAL E A APLICABILIDADE DA LEI Nº
13058/2014**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a) em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Luciano Machado Ferreira (Orientador)

Prof. Esp. Sergio Leonardo Molisani Monteiro

Prof. Esp. Adriano Márcio de Souza

DEDICATÓRIA

A meu falecido pai, Domingos Sávio de Paiva, que sempre foi um grande exemplo de alegria, de sabedoria, de luta e de superação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe Dalva Soares, heroína que me apoiou e incentivou nas horas difíceis, de desânimo e de cansaço.

Ao meu amor e companheiro, que interpreta meus olhos e pensamentos em todo tempo, meu cúmplice de toda hora. Obrigada José albino pelo seu amor e por estar sempre comigo em tudo.

Ao meu amado filho e futuro Doutor em Direito, cujo ensinamento que tento transmitir é que sempre se faça entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente, permeada de sacrifícios e obstáculos passageiros, recompensados na posterioridade. Você sabe fazer valer à pena.

Ao meu orientado Luciano e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O estudo que se segue, redigido após o colhimento de importantes informações doutrinárias e legais a respeito da família, irá analisar o cerne dos problemas comuns que decorrem da separação de um casal com filhos. Aborda ainda importante estudo sobre a Guarda Compartilhada trazida pela Lei 13.058, de Dezembro de 2014 onde proporciona ao menor ser educado por ambos os pais mantendo uma relação contínua e perpétua que já existia antes do fim da união. E se analisará ainda um grave e comum problema encontrado na maioria dos lares cujo vínculo matrimonial foi rompido, a chamada alienação parental onde o alienante programa a criança ou adolescente para que este deteste o genitor sem qualquer justificativa. Observar-se-á, então, que para evitar os efeitos devastadores da Alienação Parental, a pessoa interessada deve começar por reconhecer os sintomas da alienação parental. Isso porque, naturalmente durante uma separação ou um divórcio, haverá uma série de fatores que podem colocar um pai e seus filhos em risco de alienação parental. Portanto, o reconhecimento precoce destes fatores é importante para que se possa intervir e proteger o relacionamento com os filhos fazendo destes pessoas mais sociáveis e tranquilas perante a sociedade. E o mais importante não deixar que a relação afetiva entre pais e filhos confunda-se com a relação conjugal dos genitores, então o modelo compartilhado hoje adotado procura reorganizar a relação genitor e filho de modo que, mesmo com a família desunida os laços familiares continuem estreitos.

Palavras-Chave: Alienação Parental; Guarda Compartilhada; Separação; Proteção dos Filhos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A SEPARAÇÃO DOS PAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	9
1.1 Princípios Referentes ao Menor.....	11
2 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA IMPORTÂNCIA.....	18
2.1 Aspectos da Alienação Parental	22
2.2 Efeitos Legais da Alienação	25
2.3 Aspectos da Lei nº 13058/2014	31
3 JURISPRUDÊNCIA APLICADA	35
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
5 REFERÊNCIAS.....	44
ANEXO I - LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014.....	45

INTRODUÇÃO

As constantes mudanças ocorridas na sociedade exigem a adequação do Direito às novas necessidades Sociais.

O objeto desse estudo é a Guarda Compartilhada e as consequências geradas na vida do menor e fazer com que esse tenha a garantia de uma estrutura familiar mesmo após a ruptura da união dos genitores.

Nesse momento denominado “primeiro capítulo” trataremos sobre a questão da separação dos pais e suas consequências, bem como os princípios referentes ao menor. O fim do relacionamento dos genitores pode gerar nos filhos intensa dor e ansiedade por não saberem onde vão morar e com quem irão morar. É fato que as mudanças são muitas e, usualmente, abruptas. Alguns conseguem passar por essas separações com poucos problemas enquanto outros encontram tempos difíceis de enfrentar.

A seguir passaremos ao estudo da Guarda Compartilhada Lei 13.058/2014 e sua importância que é a de tomar em conjunto decisões importantes relativas aos filhos dando a esse o direito de gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, incluindo assuntos de educação, assistência médica, desenvolvimento emocional, moral e religioso.

Com isso a guarda surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira de pais e filhos efetivamente conviverem e manterem seus vínculos afetivos.

A guarda compartilhada, no entanto, ajuda na prevenção da chamada alienação parental. Deve se observar, então, que para evitar os efeitos devastadores da Alienação Parental, a pessoa interessada deve começar por reconhecer os sintomas da alienação parental. Será possível observar que este tipo de problema ocorre em decorrência do rompimento de uma determinada relação costuma haver uma série de fatores que podem colocar um dos genitores e seus filhos em risco de alienação parental.

Há uma grande variedade de causas para a alienação parental, incluindo o abuso dos pais genuínos ou negligência, bem como déficits significativos no funcionamento de um pai rejeitado, que não pode subir para o nível de abuso. Na verdade, um diagnóstico da Síndrome de Alienação Parental só se aplica quando o abuso, negligência e outros comportamentos do genitor alienado, razoavelmente justifiquem a alienação. Observa-se que a criança fica alinhada com o progenitor

alienante em uma campanha de difamação contra o genitor-alvo. As racionalizações depreciativas para o pai-alvo são muitas vezes fracas, frívolas ou absurdas.

Observa-se que o art. 227 da Constituição Federal faz referência à “proteção integral da criança como indivíduo em formação [...] onde a família, a sociedade e o Estado são determinados como responsáveis pelo seu desenvolvimento”. Ainda, pelo disposto no art. 229, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Assim, a primordial intenção é analisar e bem compreender tanto a Alienação Parental como as características e a importância da Guarda Compartilhada. As fontes utilizadas para a pesquisa consistem basicamente na consulta de materiais como livros e impressos digitais, de onde se buscarão embasamento para o desenvolvimento dos objetivos aqui arrolados.

1 A SEPARAÇÃO DOS PAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Como os adultos, as crianças reagem de formas diferentes com a separação ou o divórcio. Como eles reagem, muitas vezes depende da idade da criança, o temperamento e o nível de cooperação ou conflito entre os pais. Para crianças mais novinhas, a desagregação familiar pode ser difícil de entender. As crianças mais velhas também podem experimentar um momento de confusão e incerteza, embora sejam mais capazes de entender o que está acontecendo.

A forma como os pais ou outros membros da família reagirem e ajustarem-se a separação faz uma grande diferença em como as crianças se sentem. Luta contínua entre os pais pode ferir mais as crianças do que a separação em si. No entanto, se as crianças são apoiadas e encorajadas a manter um relacionamento positivo com ambos os pais, avós e outros parentes, eles são mais propensos a se adaptar às mudanças. É um momento estressante para as crianças, mas a maioria se recupera e leva uma vida normal. Crianças de famílias separadas podem se desenvolver e florescer tão bem como outras crianças, especialmente se eles continuam a ter relações de apoio e carinho com os pais e outras pessoas importantes em suas vidas, como avós e outros parentes.

Quando os pais já não amam e decidem viver longe um do outro, uma criança pode se sentir como se seu mundo virasse de cabeça para baixo. Estes sentimentos são muitas vezes agravados pelo fato de que muitas crianças têm de mudar de casa e às vezes até de escola, além dos problemas financeiros que podem dessa separação advir. Mesmo que o relacionamento dos pais tenha sido muito tenso ou violento, as crianças podem ainda ter sentimentos mistos sobre a separação. Muitas crianças agarram o desejo de que seus pais possam ficar juntos novamente.

Quem quer que tenha errado, ou seja, pelo que for que deu errado na relação, ambos os pais têm ainda uma parte muito importante a desempenhar na vida de seus filhos. Problemas emocionais e comportamentais em crianças são mais comuns quando os pais estão lutando ou se separando. As crianças podem tornar-se muito inseguras. A insegurança pode fazer com que crianças se comportem como se fossem muito mais jovens e, portanto, com incontinência urinária, pesadelos, preocupações ou desobediência, dentre outros aspectos que podem ocorrer. Este comportamento geralmente acontece antes ou depois das visitas ao pai que vive

distante da família. Adolescentes podem mostrar a sua angústia por mau comportamento. Eles podem achar difícil se concentrar na escola, por exemplo.

As crianças pequenas podem experimentar sintomas de ansiedade intensa na separação, principalmente quando começar a escola. Ansiedade em crianças é uma resposta normal ao fato de crescer e aprender. No entanto, a ansiedade é considerada um transtorno quando é extrema, de longa duração, e debilitante. Várias formas de ansiedade pode se manifestar. A criança que sofre de uma forma de ansiedade é provável que também apresentem outros sintomas. Por exemplo, uma criança que experimentar a ansiedade de separação também podem sofrer de ansiedade social ou transtorno do pânico. Estudos têm demonstrado que a interação dos pais com seus filhos é um fator no desenvolvimento de um transtorno de ansiedade.

Ansiedade de separação é um transtorno de humor que se manifesta por um medo intenso de estar separado de um dos pais ou cuidador primário. A causa é encontrada em fatores biológicos e cognitivos. No entanto, as ações do cuidador pode impedir o desenvolvimento de um transtorno de ansiedade. Um pai que é incapaz de atender às necessidades de uma criança em uma maneira oportuna aumenta as chances de uma criança desenvolver um transtorno de ansiedade mais tarde na vida. Com os pais, é normal sentirem-se incertos sobre como dão a seus filhos o apoio adequado através de seu divórcio ou separação. Pode ser um território desconhecido, mas se pode navegar com sucesso, e ajudar os filhos a sair dela se sentindo amados, confiantes e fortes.

O benefício de horários e organização para as crianças mais jovens é amplamente reconhecido, mas muitas pessoas não percebem que as crianças mais velhas apreciam rotina, também. As crianças se sentem mais seguras quando sabem o que esperar em seguida. Sabendo que, mesmo quando eles trocam de casa, o jantar é seguido por um banho e depois lição de casa, por exemplo, pode definir a mente de uma criança à vontade. Mas a manutenção de rotina também significa continuar a observar as regras, recompensas e disciplina com os filhos.

O fim de um relacionamento de longo prazo pode provocar dor intensa e ansiedade. Mas, apesar das dificuldades de uma separação ou divórcio, há muitas coisas que se pode fazer para levantar-se e lidar com sucesso com esta difícil transição e sair sábio e forte do outro lado. Haja ou não conflito entre os pais separados, de todas as formas tudo o que vier daí pode ser muito prejudicial para as

crianças. É crucial evitar colocar os filhos no meio das brigas, ou fazê-los sentir como eles tivessem que escolher entre os dois pais.

Conforme o ensinamento de Silvio Rodrigues (2003, p. 273):

Numa separação, a lei determina que os cônjuges estabeleçam um acordo a respeito da guarda e sustento de seus filhos. Entretanto, esse ajuste não prevalece contra o interesse dos menores. Daí a razão por que, se sobrevierem circunstâncias que aconselhem outra solução, pode o juiz alterar o regime de guarda, deferindo-a ao outro progenitor ou a terceiro. Assim, cabe ao juiz recusar a homologação do acordo ao verificar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos menores. Assim, por exemplo, se aquele dos pais, que ficou com os filhos menores, entrega-se a uma vida dissoluta, de deboche e orgia, deve o juiz acolher o pedido formulado pelo outro e ordenar que a guarda lhe seja transferida, ou transferida para terceira pessoa, que pode ser um avô paterno, ou materno, ou outro parente, ou mesmo pessoa estranha, conforme melhor convenha às crianças.

Algumas crianças passam por divórcios e separações com relativamente poucos problemas, enquanto outros têm um tempo muito difícil para enfrentar. É normal para as crianças sentir-se numa gama de emoções difíceis, mas o tempo, amor, confiança deve ajudá-los a curar. Se os filhos permanecem sobrecarregados, porém, pode ser necessário procurar ajuda profissional.

1.1 Princípios Referentes ao Menor

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, foi criada, primordialmente, para garantir uma maior igualdade entre os povos. Outras cartas de direitos a precederam, porém, a Declaração foi o primeiro documento a estabelecer um objetivo comum, a ser atingido por todas as nações. Seus artigos possuem princípios universais, indivisíveis e interdependentes, mesmo assim, a Declaração não conseguiu atingir seu ideal plenamente. Até hoje, muitas são as violações contra o ser humano, e a ineficácia do governo na aplicabilidade da lei e na apuração de denúncias, acaba agravando esta situação. A busca da igualdade é um dos mais marcantes significados, dos seus 30 artigos. E também a consolidação de liberdades, conquistadas por toda a humanidade.

Neste aspecto, Bobbio (1996, p. 94) afirma:

No que se refere às novas formas de defesa das velhas liberdades, é preciso assinalar a tendência, que se manifestou logo após a Segunda Guerra Mundial, no sentido da proteção internacional dos direitos do homem, aos quais remete, desde seu Preâmbulo, o Estatuto das Nações Unidas. Com a Declaração Universal dos Direitos do homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia das Nações Unidas, foi feita a primeira tentativa de universalizar – ou seja, de estender a todos os povos da terra - aqueles princípios de liberdade que foram afirmados pelas primeiras Constituições liberais no interior dos limites de cada estado nacional. Essa universalização dos direitos do homem, apenas enunciada e solenemente proclamada deveria ser o pressuposto natural de sua garantia internacional.

É evidente que o mundo em 1948 era muito menos complexo, do que o de atualmente, pois hoje apesar da globalização, que está mudando as relações entre países e povos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda é extremamente válida, apesar do que algumas pessoas afirmam. Ela assume uma maior responsabilidade devido à proliferação dos conflitos internos e externos, a maioria deles motivados pela intolerância aliada à discriminação racial, étnica, religiosa e cultural. O caráter perene da proclamação da dignidade e igualdade de todos, da fraternidade como norma de conduta entre os homens, da não discriminação por qualquer motivo que seja – raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião, origem nacional ou social, nascimento ou propriedade – do direito à diversidade de crença, de convicções e de expressão é ressaltado pelas tragédias e conflitos atuais.

Outro questionamento existente acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos é sobre sua universalidade, ancorado no argumento de que a declaração impõe valores ocidentais que não são partilhados por outras sociedades. Quanto a esse questionamento, convém salientar que no processo de sua elaboração foram consultados os principais pensadores da época, representantes de distintas culturas e correntes filosóficas. O texto adotado resultou de um esforço de negociações diplomáticas, para acomodar as mais diferentes concepções dos Direitos Humanos, também tomaram parte das negociações e na votação, as delegações de países de diferentes regiões.

Segundo Bobbio (1996, p. 05)

é necessário ressaltar também que existem outros diplomas que constituem a arquitetura internacional dos Direitos Humanos e abrigam uma contínua inclusão de direitos, foram se aderindo como simples especificação daqueles direitos contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Assim, a defesa da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos é essencial para a construção de uma sociedade pacífica e para o progresso integral dos indivíduos, povos e nações.

Conforme o exposto tem-se que os direitos fundamentais de segunda geração protegem a coletividade, são os direitos sociais, que vêm previstos na Constituição Federal de 88 em seus artigos seis e sete. Isto posto, verifica-se que os direitos coletivos, ou de segunda geração, são titularizados e exercidos pela coletividade, individualizados os seus componentes, ou seja, direitos do indivíduo enquanto inserido na sociedade. Os direitos coletivos apresentam como sujeito ativo a pessoa humana inserida na coletividade e no pólo passivo estão novamente o Estado e as pessoas que não são sujeitas de direitos fundamentais de natureza coletiva.

É preciso analisar então que os direitos fundamentais inerentes ao homem estão dispostos na Constituição Federal de 88, em seu título II. Tais direitos, de índole individualista, podem ser resumidos como direitos de liberdades e o sujeito ativo destes direitos é o próprio indivíduo, estando no pólo passivo o próprio Estado e as demais pessoas que não sejam portadoras de direitos de liberdades. Tais direitos, na concepção de Moraes (1997, s. p.) possuem seis características:

- a) são inerentes a natureza do homem;
- b) são inalienáveis, ou seja, são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis;
- c) são imprescritíveis e podem ser invocados a qualquer momento;
- d) são irrenunciáveis;
- e) são absolutos e, por fim,
- f) são universais.

Diz-se que o princípio da dignidade humana, carrega consigo um alto grau de abstração que dificulta seu devido entendimento pelos estudiosos, ou mais ainda, uma unanimidade entre os autores. Seria, no entanto, essa dignidade, a prerrogativa de cada ser em ter seus direitos e prerrogativas respeitados pelos demais e de tê-los coibidos pelos maus comportamentos de outrem, que desabonem a sua liberdade, privacidade, integridade, ou seja, sua dignidade própria.

A dignidade teria ainda a ver com valores que impeçam a degradação humana, conservando-lhes em bom convívio e pacificamente entre os demais. É dada assim, ao homem, uma condição privada para que possa cuidar de si próprio e de seus próprios interesses, e fruir da vida como bem lhe entender, logicamente,

dentro dos ditames da lei e da moral social. Seriam ao menos quatro consequências da criação e imposição desse princípio na sociedade, quais sejam:

- a) igualdade de direitos entre todos;
- b) garantia de independência e autonomia para todos;
- c) observância e proteção dos direitos inalienáveis;
- d) não admissibilidade de condições subumanas de vida.

Então mencionado princípio viria a impedir que o ser humano viesse a ser tratada como um mero objeto, como máquina, como escravo. Trouxe-lhe a prerrogativa pela qual poderia fazer seus planos e viver livremente sem injustas imposições, sem crueldade, e protegendo-lhe assim, permite-lhe uma condição existencial mínima favorável ao seu desenvolvimento e à sua própria vida e bem estar perante seus iguais e toda a sociedade civil e o próprio Estado.

Por este princípio, não se deveria mais haver, na sociedade, a coisificação do homem ou a situação do escravo, seja por um igual ou pelo próprio sistema, se o mesmo extrapolar suas prerrogativas. Respeitam-se, concomitantemente, os direitos da personalidade. Preserva-se ainda, os direitos humanos, ao não permitir sofra o homem por aquilo que não deu causa ou de forma injusta diante das possibilidades legais para os casos. Desta maneira vê-se a grande influência trazida às normas penais e processuais penais por intermédio desse princípio fundamental do homem. Não poderá o Estado punir aqueles a quem deva punir sem a devida atenção aos seus direitos e aos limites da própria punição.

O artigo 227 da Constituição Federal faz referência à proteção integral da criança como indivíduo em formação; onde a família, a sociedade e o Estado são determinados como responsáveis pelo seu desenvolvimento. Ainda, pelo disposto no artigo 229, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

A Lei 8.069, O Estatuto da Criança e do Adolescente, nasceu em 13 de julho de 1990 e veio para regular as normas especiais de tutela e de proteção do trabalho do menor. Em meio a várias garantias, dedicou o capítulo V para tratar da profissionalização e da proteção no trabalho, que foram inspiradas nos Princípios da Declaração Universal dos Direito da Criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou o princípio da doutrina da proteção integral a criança que é defendida pela Organização das Nações Unidas, ou seja, com o intuito maior de promover o pleno desenvolvimento físico e mental dessas e dando-lhes assim os direitos conferidos a todos os cidadãos, direitos civis,

políticos, econômicos, sociais e culturais. Tal Estatuto nasceu para regulamentar todas as conquistas que foram alcançadas em prol da infância e da juventude, introduzidas na Carta constitucional de 1988, pois naquela época um grande movimento de mobilização e organização da sociedade tomou a forma de 2 emendas populares, que foram apresentadas à Assembléia Nacional Constituinte, e com a fusão das duas, nasceram os artigos 204 e 227 da atual Constituição.

O artigo 227 estabelece que:

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

Já o artigo 204, incisos II “assegura a participação popular, por meio de suas entidades representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

De acordo com Costa (1994, s. p.):

Dezenas de movimentos e entidades aglutinaram-se no Fórum DCA (Fórum Nacional de Entidades não-Governamentais de Defesa das Crianças e Adolescentes) para coordenar a elaboração e lutar pela aprovação da lei, apontada, desde o princípio, como a ‘Constituição das Crianças e dos Adolescentes do Brasil’.

O Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da CNBB, a Frente Nacional dos centros de Defesa de Direitos, a Coordenação dos Núcleos de Estudo ligados a universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasileira de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), foram às entidades de maior destaque na luta pela proteção do menor e pela elaboração do Estatuto.

O referido Estatuto reconheceu o valor da criança como ser humano, dotado de necessidades especiais e merecedor de respeito, não só por sua condição de pessoa em desenvolvimento, mas também por toda a sua fragilidade como criança, e por isso é que necessitam de um cuidado especial, de uma proteção por parte da família, da sociedade como um todo e principalmente do Estado, responsável por criar e fiscalizar políticas específicas para o bem estar e proteção da criança em todas as esferas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe importantes alterações de conteúdo e de método, abandonando o antigo pensamento sistemático que até aquele momento regia as questões referentes aos menores. As mudanças relativas ao método estavam diretamente ligadas aos programas socioeducativos que foram criados para proteção dos menores, afastando de uma vez o caráter meramente assistencialista, predominante nos Códigos de Menores de 1927 e 1979. Já com relação ao conteúdo, a mudança foi em relação ao tratamento que se passou a dar aos menores, concedendo-lhes o tratamento de cidadãos, afastando as práticas discricionárias do direito tutelar tradicional até então adotadas.

Várias normas internacionais ajudaram na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente como, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil, a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Projeto de Regras Mínimas para os Jovens Privados de Liberdade e vários outros documentos internacionais que tratavam da mesma matéria.

Institutos como a guarda compartilhada possuem seu fundamento na garantia do melhor interesse do menor bem como na garantia constitucional de isonomia dos genitores, visando à continuidade das relações afetivas familiares. A relação afetiva entre pais e filhos não deve ser confundida com a relação conjugal dos genitores. O sentido desses institutos ultrapassa a simples divisão de tarefas entre os pais, na medida em que garante um duplo vínculo de filiação, apesar da cisão conjugal.

Ao serem decididas questões referentes aos filhos, é necessário privilegiar o interesse da criança. Este princípio primeiramente consolidou-se na cultura, e hoje é valor tutelado pelo Estado. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 20 de novembro de 1989, teve papel fundamental no alargamento e confirmação do princípio do melhor interesse da criança, destacando em seu art. 3.1: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

A Convenção proclama como seus destinatários os menores de dezoito anos, sendo que o legislador brasileiro procurou classificar a criança e o adolescente. Os seus dispositivos foram ratificados no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. No ordenamento jurídico brasileiro, este princípio está

implícito no texto da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código Civil. Porém, a lei não define qual o real significado do superior interesse da criança, deixando ao magistrado, pelo seu poder discricionário, investigar e definir quais são esses interesses, que devem estar acima de quaisquer outros, embora sejam estes legítimos. O melhor interesse da criança é de observância indispensável para a concretização de seus direitos fundamentais, pois, como sujeito de direitos, deve ter boa formação moral, social, psicológica, saúde mental e emocional.

Conforme Nogueira (2001, p.171), o interesse da criança depende da subjetividade encontrada em cada caso:

[...] a noção de 'interesse do menor' é de difícil determinação, existindo dualidades de concepções, nos mais diversos entendimentos de que valores comportariam tal interesse, dada a complexidade e extensão dessa noção. O arbítrio do juiz é, sem dúvida, o elemento primeiro de que a noção de interesse da criança é de cunho subjetivo.

Com a ruptura do vínculo conjugal, uma nova situação fática se impõe, portanto tudo o que se decidir de novo se imporá fortemente à relação familiar ora existente. É imprescindível que se atente aos aspectos psíquicos envolvidos num processo de tamanha repercussão em tantos destinos. A separação dos pais, ao mesmo tempo em que acaba com o conflito parental, gerando, desta forma, um fator positivo, ocasiona uma série de perdas aos filhos, afetando-os de forma negativa, pois a disponibilidade de relacionamento com o pai ou a mãe que não detém a guarda fica diminuída. A criança não pode simplesmente ser privada da presença de um dos pais, pelo fato deste não estar mais unido conjugalmente com o outro. Não se pode deixar de analisar a relação de afeto entre os pais e os filhos, pois a afetividade é elemento essencial e marcante da união familiar. A Constituição Federal, em seu art. 5º, I, prevê a igualdade entre homens e mulheres, dispondo que são iguais em direitos e obrigações.

Ao terminar este capítulo onde tratamos das consequências que geram a separação dos pais e dos princípios e direitos referentes ao menor estudaremos a importância da guarda compartilhada para os mesmos.

2 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA IMPORTÂNCIA

Nos casos de divórcio, a justiça também determina acordos de guarda da criança. Assim, se os cônjuges tiverem filhos juntos enquanto casados, os pais têm guarda conjunta sobre a criança e os direitos dos pais são iguais. Cada pai tem o direito igual à guarda da criança quando eles se separam. Ao determinar a casa em que colocar a criança, o tribunal se esforça para chegar a uma decisão em "melhor interesse da criança." A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989, teve papel fundamental no alargamento e confirmação do princípio do melhor interesse da criança, destacando em seu art. 31:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

A decisão de "os melhores interesses da criança" requer considerar os desejos dos pais da criança, os desejos da criança e do relacionamento da criança com cada um dos pais, irmãos, outras pessoas que possam impactar substancialmente em melhores interesses da criança, ou no conforto da criança em sua casa, escola e comunidade, e para a saúde física e mental dos indivíduos envolvidos.

Neste sentido, o posicionamento de Fuga (2003, p. 41):

O rompimento da vida em comum instaurará uma nova rotina familiar, e esta, juntamente com toda conflituosidade vivida no passado, é que influenciará sobre os hábitos dos filhos. Paradoxalmente, é na continuidade da relação entre os filhos e seus pais que se encontram respostas para assegurar uma equilibrada socialização psicoafetiva aos menores.

O pai com guarda controla as decisões relativas à educação da criança, educação religiosa, e cuidados de saúde. A guarda conjunta concede os direitos dos pais iguais na tomada de decisões sobre a educação da criança. Um juiz pode conceder a guarda de uma criança para um terceiro se o terceiro tem melhores condições de fazê-lo e ambos os pais tiverem problemas muito graves ou que os impeçam de educar e proteger seus filhos. O terceiro é muitas vezes um parente próximo, os avós ou outros. Se um casamento resultar vários filhos, um juiz tem autoridade para separar as crianças e dividir a guarda entre pais de acordo com o melhor interesse de cada criança em particular. Ordinariamente, no entanto, os

melhores interesses da criança serão a viver com os irmãos, em parte por razões de apoio emocional.

Conforme Nogueira (2001, p. 171):

[...] a noção de 'interesse do menor' é de difícil determinação, existindo dualidades de concepções, nos mais diversos entendimentos de que valores comportariam tal interesse, dada a complexidade e extensão dessa noção. O arbítrio do juiz é, sem dúvida, o elemento primeiro de que a noção de interesse da criança é de cunho subjetivo.

Quando um juiz confere a guarda dos filhos exclusivos a um dos pais, o outro mantém o direito de ver e visitar a criança, ausentes circunstâncias extraordinárias. Se a sentença da guarda deixa de mencionar os direitos de visita, a lei implica o direito dos pais à visitação. Assim, uma proibição expressa de visitação deve existir dentro da decisão, para negar os direitos de visita dos pais porque os direitos de visitação derivam do fato da paternidade.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, I, prevê a igualdade entre homens e mulheres, dispondo que são iguais em direitos e obrigações. Já em seu art. 226, § 5º, diz que “os deveres e direitos referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelos seus integrantes”. Estrougo (2004, p. 221) afirma que, “na família, o advento da igualdade foi causa determinante para o avanço das relações familiares, tanto entre cônjuges ou companheiros, quanto entre pais e filhos”.

Se uma parte convence o juiz que os direitos de visita seria prejudicial ao interesse da criança, o juiz possui a autoridade para negar os direitos de visitação. Este interesse da análise de crianças, no entanto, não dá peso aos desejos afirmados da criança porque os pais inerentemente possuem o direito de tentar reparar o relacionamento pai-filho.

Um dos maiores conflitos em um processo de divórcio é a guarda dos filhos e visitação. Com a guarda legal conjunta, a criança normalmente reside com apenas um dos pais, enquanto ambos os pais são informados e tomam decisões na vida de uma criança. Com guarda legal e física exclusiva, o progenitor com quem a criança vive faz com que todas as decisões, mas o outro progenitor pode ainda ter direito de visitação. O melhor é tentar chegar a acordo sobre a guarda sem ir a tribunal. Se os pais não chegarem a acordo sobre como resolver essas questões, eles podem ir a tribunal, e o juiz decidirá sobre guarda e visitação.

Grisard Filho (2002, p. 115), assim dispõe quanto à guarda compartilhada:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Grisard Filho (2002, p. 155) ainda complementa:

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).

A maioria das decisões sobre guarda e visitação é feita por juízes da Vara de Família e Sucessões. Decisões sobre a guarda e visitação pode ser parte de um caso maior, como um processo de divórcio, ou o caso pode ser apenas sobre guarda ou visitação. Trata-se dos casos de "direito de família" casos, como divórcios, casos que envolvem a determinação da paternidade de crianças cujos pais não são casados entre si, os casos de apoio à criança e separações.

Guarda compartilhada legal significa responsabilidade e envolvimento mútuo e contínuo por ambos os pais nas decisões importantes a respeito do bem-estar da criança, incluindo assuntos de educação, assistência médica, e desenvolvimento emocional, moral e religioso.

Custódia física única significa que a criança reside ou está sob a supervisão de um dos pais, sujeito a visitação razoável pelo outro genitor, salvo se o tribunal decidir que a visitação não seria no melhor interesse da criança.

Guarda compartilhada significa que a criança tem períodos de residência ou pode estar sob a supervisão de cada pai, e que a guarda física é compartilhada pelos pais, de tal forma que assegura à criança o contato freqüente e continuado com ambos os pais.

Para as crianças nascidas de pais não casados, a mãe da criança tem a guarda automaticamente a menos que uma Vara de Sucessões e Família decida de outra forma. A Vara de Sucessões e Família pode conceder guarda compartilhada somente se os pais concordam ou se o tribunal concluir que os pais têm responsabilidade conjunta com sucesso exercida para a criança antes do início do caso e ter a capacidade de planejar e se comunicar uns aos outros sobre os

melhores interesses da criança. Normalmente, quando um dos pais tem a guarda física, o outro progenitor tem direito de visitação e de passeio com as crianças. Muitas vezes há um horário de visitação. Um exemplo de um horário de visitação é: visitas todos os fins de semana de sexta-feira até domingo e em fins de semana alternados no sábado, e uma visita no meio da semana depois das aulas às quartas-feiras, por exemplo. Se os pais podem se comunicar facilmente, às vezes eles não vão precisar de um horário de visitação. Em vez disso os pais vão deixar a visitação flexível e organizar visitas entre si.

No Brasil, até então, vinha sendo adotado o critério em que prevalecia a escolha materna na maior parte das decisões. Acredita-se que tal critério contribuiu para a discriminação masculina no que diz respeito ao processo de decisão sobre a guarda dos filhos. É sabido que o princípio da isonomia, ou seja, o princípio que defende a igualdade entre homens e mulheres, tem sido consagrado em todas as legislações do mundo, por isso, não existe razão para que tal regra seja mantida no Brasil. O Código Civil de 2002 preceitua que “o progenitor não convivente continua sendo detentor de todos os direitos e obrigações referentes ao poder familiar”, esclarecendo, que “o progenitor convivente, quando detém a guarda dos filhos, não terá maiores direitos que o outro progenitor, exceto o direito de poder conviver com os filhos em sua residência”.

Porém, diversas questões que se consideram de suma importância não foram tratadas no Novo Código Civil. Uma dessas questões é a importância de conceder tanto aos filhos quanto ao progenitor não convivente, o direito de ser próximos e conviver um com o outro, abolindo as visitas de finais de semanas alternados, que contribuem para o afastamento do filho deste genitor, trazendo prejuízos ao desenvolvimento da criança. O ordenamento jurídico ainda não dispõe de legislação específica que regule e penalize o genitor convivente que tenta impedir o direito de visitas, desrespeitando, desta maneira, os direitos do genitor não convivente e também os direitos da criança.

No Brasil, diversos julgados já se posicionaram a favor da inversão da guarda, devido aos inúmeros obstáculos colocados pelo genitor convivente às visitas do genitor não convivente. No entanto, estamos bastante distantes de eliminar por completo esta prática, tornando-se necessárias, desta forma, que se institua com a máxima urgência, legislações que reprimam prática de tal natureza.

2.1 Aspectos da Alienação Parental

A Alienação Parental varia no grau de gravidade, como visto nos comportamentos e atitudes de ambos os pais e as crianças. A gravidade pode ser de pouca importância, como um pai, ocasionalmente, chamando o outro progenitor, de um nome depreciativo, ou poderia ser tão grande como a campanha do pai de, conscientemente, destruir a relação da criança com o outro progenitor.

Evitar ou fazer cessar a alienação deve começar aprendendo a reconhecer os três tipos de alienadores, pois os sintomas e estratégias para combater cada um são diferentes. O primeiro tipo se refere aos alienadores ingênuos, que são os pais que são passivos sobre a relação da criança com o outro progenitor, mas, ocasionalmente, fazem ou dizem algo para alienar seus filhos. Todos os pais serão ocasionalmente alienadores ingênuos.

O segundo tipo se refere aos alienadores ativos, que também sabem alienar, mas a sua mágoa ou raiva intensa faz com que impulsivamente percam o controle sobre seu comportamento ou o que eles dizem. Mais tarde, eles podem se sentir muito culpados sobre como eles se comportavam. Já o terceiro tipo, diz respeito aos alienadores obcecados, que tem uma causa fervorosa, para destruir o outro pai. Frequentemente, um pai pode ser uma mistura entre dois tipos de alienadores, geralmente uma combinação entre ingênuo e ativo. Raramente o alienante obcecado tem bastante autocontrole ou conhecimento para se misturar com os outros tipos.

As crianças, com ou sem seus pais divorciados, sabem que há momentos em que seus pais vão discutir ou discordar de alguma coisa. Eles não gostam de ver seus pais discutindo e pode se sentir magoado ou assustado com o que ouvem. De alguma forma, as crianças conseguem lidar, seja por falar de seus sentimentos de um pai receptivo, ignorando o argumento ou acreditando que a batalha vai passar e tudo vai se curar. O que ver e ouvir entre os pais normalmente não danificam os filhos do alienante ingênuo. Eles confiam no amor de seus pais e proteção. A criança e o pai têm personalidades distintas, crenças e sentimentos. E também não é ameaçada pela forma como o outro sente para com o pai de destino.

As características dos alienadores ingênuos são:

a) habilidade para separar em suas mentes as necessidades das crianças da sua própria. Eles reconhecem a importância para as crianças de passar o tempo

com o outro genitor para que eles possam construir um relacionamento amoroso. Eles evitam fazer ao outro progenitor coisas que contribuam para sua dor e perda.

b) sua capacidade de sentir-se seguro com a relação das crianças com os avôs e sua mãe ou pai.

c) há respeito a decisões judiciais e de autoridades.

d) há habilidade para deixar a sua raiva e mágoa curar e não interferir com o relacionamento da criança com sua mãe ou pai.

e) há capacidade de ser flexível e disposto a trabalhar com o outro progenitor.

f) há capacidade de se sentir culpado quando eles agiram de forma a prejudicar o relacionamento da criança com sua mãe ou pai.

g) há capacidade de permitir que o outro progenitor possa compartilhar as atividades de seus filhos.

h) há capacidade de compartilhar os registros médicos e escolares.

Os alienadores ingênuos não precisam de terapia, mas vão beneficiar-se aprendendo sobre a alienação parental por causa da percepção que vai ganhar sobre como manter seus sentimentos de alienação longe de algo mais grave e prejudicial para todos. Estes pais sabem que eles cometem erros, mas se preocupam o suficiente com os filhos para fazer as coisas direito. Eles se concentram no que é bom para os filhos sem culpa arrependimento, ou martírio.

As características dos alienadores ativos são:

a) Atacar o outro pai na frente das crianças. Seu problema tem mais a ver com a perda de autocontrole quando eles estão chateados do que com uma motivação sinistra.

b) Depois de se acalmar, alienadores ativos percebem que eles estavam errados. Eles costumam tentar reparar qualquer dano ou machucar as crianças.

c) Como alienadores ingênuos, eles são capazes de diferenciar as suas necessidades e as das crianças, apoiando o desejo das crianças de ter um relacionamento com o outro progenitor.

Como os alienadores ingênuos, os alienadores ativos permitem que as crianças tenham sentimentos e convicções diferentes das suas. Durante o ápice de raiva, no entanto, a delimitação entre a criança e as crenças dos pais pode tornar-se muito desfocada até que o pai se acalma e recupera o controle. Para a maior parte, as crianças mais velhas têm suas próprias opiniões sobre ambos os pais com base

na experiência pessoal, e não pelo o que é dito por outros. Para manter a paz, os filhos mais velhos geralmente aprendem a manter suas opiniões para si. As crianças mais jovens tornam-se mais confusas e vulneráveis às manipulações dos seus pais. Eles têm a capacidade de respeitar a autoridade do tribunal e, na sua maior parte, cumprir ordens judiciais. No entanto, eles podem ser muito rígidos e não cooperar com o outro progenitor. Isso geralmente é uma tentativa passiva de contra-atacar o outro progenitor de alguma injustiça. Os alienadores ativos geralmente estão dispostos a aceitar ajuda profissional quando elas ou os filhos têm um problema que não vai embora. Eles estão sinceramente preocupados com o ajuste de seus filhos com o divórcio.

O alienante obcecado é um pai, ou às vezes um avô, com uma causa: a alinhar os filhos a seu lado e, com as crianças, iniciar campanha para destruir a sua relação com o genitor-alvo. Para a campanha, o alienante obcecado enreda personalidades das crianças e em suas próprias crenças. Este é um processo que leva tempo, mas que as crianças, especialmente os jovens, são completamente incapazes de ver e de combater. Geralmente começa bem antes do divórcio. O pai obcecado está com raiva, amargura ou sente-se traído pelo outro progenitor. As razões iniciais para a amargura podem realmente ser justificadas. Eles poderiam ter sido verbal e fisicamente abusados, estupradas, traídos por um caso, ou financeiramente enganados. O problema ocorre quando os sentimentos não vão curar, mas sim tornar-se mais intenso, por ser forçado a continuar o relacionamento com uma pessoa que despreza por causa de seu parentesco comum. Basta ter de ver ou falar com o outro pai e isso se torna uma lembrança do passado e provoca o ódio. Eles estão presos sem ter para onde ir e como se curar.

As características dos alienadores obcecados são:

- a) Eles são obcecados com destruir a relação da criança com o genitor-alvo.
- b) Eles conseguem emaranhar as personalidades das crianças e crenças sobre o outro pai com os seus próprios.
- c) As crianças aceitam o alienante obcecado ao invés de expressar seus próprios sentimentos a partir da experiência pessoal com o outro progenitor.
- d) O pai visado e muitas vezes as crianças não podem lhe dizer as razões para seus sentimentos. Suas crenças são às vezes delirantes e irracionais. Ninguém, especialmente o tribunal, pode convencer alienadores obcecados que eles estão errados.

e) Eles, muitas vezes, buscam o apoio dos membros da família, os grupos políticos ou amigos para compartilhar a suas crenças que são vitimados por outro pai e sistema. A batalha se torna "nós contra eles". Os apoiantes do alienante obcecado são frequentemente vistos nas audiências judiciais, embora não tenham sido intimados.

f) Eles têm um ódio inextinguível, porque acreditam que eles tenham sido vitimados pelo pai e que o que eles fazem para proteger as crianças é justificado.

g) Eles têm um desejo de fazer o tribunal punir o outro progenitor mediante ordens judiciais que possam interferir ou bloquear o pai alvo de ver as crianças.

h) A autoridade judicial não o intimida.

i) O alienante obcecado acredita em uma causa maior, protegendo as crianças a todo custo.

Não existem tratamentos eficazes para o alienante obcecado ou os filhos. Os tribunais e profissionais de saúde mental são impotentes. A única esperança para estas crianças é a identificação precoce dos sintomas e prevenção. Após a alienação ser enraizada as crianças se tornam "verdadeiros crentes" na causa do pai. Sabe-se que esta é uma declaração triste, mas ainda se é necessário encontrar uma intervenção eficaz, por qualquer pessoa, incluindo os tribunais que podem reabilitar o genitor alienador e a criança.

Para evitar os efeitos devastadores da Alienação Parental, a pessoa deve começar por reconhecer os sintomas da alienação parental. Durante uma separação ou um divórcio, há uma série de fatores que podem colocar um pai e seus filhos em risco de alienação parental. O reconhecimento precoce destes fatores é importante para que se possa intervir e proteger o relacionamento com os filhos.

2.2 Efeitos Legais da Alienação

No Código Civil de 1916 existia a figura do "pátrio poder" em que o marido comandava toda a família numa condição de responsabilidade total e de chefia. Hoje, com o advento do atual Código Civil, a mulher insurge também como uma colaboradora do marido nas demandas de ordem familiar em que se administram o interesse comum do casal e dos filhos.

Pinho (2009, s. p.) observa que:

No Brasil, a questão da Alienação Parental surgiu com mais força quase simultaneamente com a Europa, em 2002, e, nos Tribunais Pátrios, a temática vem sendo ventilada desde 2006. O Projeto de Lei 4053/08 que dispõe sobre a Alienação Parental teve em 15 de julho de 2009, o seu substitutivo aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família. Passando pela Comissão de Constituição e Justiça, e sendo confirmado no Senado, seguirá para sanção Presidencial.

De acordo com o substitutivo, Pinho (2009, p.67) analisa que são criminalizadas as formas de alienação parental:

- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade,
- impedir o contato da criança com o outro genitor,
- omitir informações pessoais sobre o filho, principalmente acerca de paradeiro e mesmo inclusive escolares, médicas e alterações de endereço para lugares distantes, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com a outra parte e com familiares desta.

Para Pinho (2009, p.72):

Também é criminalizado apresentar falsa representação ou fabricar e exagerar e distorcer dolosamente dados ou fatos triviais como se fossem verdadeiras ‘ameaças de morte’, criando nos autos um ‘falso clima de terror e situações forjadas’ envolvendo o Estado-Juiz, o que só traumatiza e piora todo o processo já altamente destrutivo para o pai - agora rotulado de ‘agressor’ - , tudo para obstar a convivência com o filho, e ‘salvar’ a mãe “vítima”, que se abriga sob o manto da Lei Maria da Penha (tida por muitos como inconstitucional), simulando e exagerando e alterando a verdade, o que, esperamos, sejam os julgadores hábeis a notar e mesmo passem a analisar com extrema cautela e a indeferir os inúmeros pedidos cautelares de mães alienantes que se vitimizam, e repreendê-las, bem como os profissionais que alimentam tais atos e incentivam esta vil ‘estratégia’ de banalizar e inundar a justiça com um sem número de representações munindo-se das cautelares da Lei de Violência Doméstica (inaudita altera pars, sem contraditório, sem ampla defesa e sem nem sequer clara previsão recursal para o pai ou companheiro, agora marcado, verdadeiramente rotulado de ‘agressor’).

No texto da nova Lei da Alienação Parental, nº 12.318-10, em seu artigo 2º, parágrafo único:

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

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar o exercício da autoridade parental;
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

Segundo Pinho (2009, s. p.)

a prática de qualquer destes atos fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança e o adolescente e representa o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, atingindo, secundária, ou mesmo paralelamente, também o pai.

Para o autor, “havendo indício da prática de Alienação Parental, o juiz determinará a realização de perícia psicológica na criança ou adolescente, ouvido o Ministério Público”.

Observa também Pinho (2009, s. p.) que:

O laudo pericial terá base em ampla avaliação, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes e exame de documentos. O resultado da perícia deverá ser apresentado em até 90 dias, acompanhado da indicação de eventuais medidas necessárias à preservação da integridade psicológica da criança. Caracterizada a prática

de Alienação, o magistrado poderá advertir e multar o responsável; ampliar o regime de visitas em favor do genitor prejudicado; determinar intervenção psicológica monitorada; determinar a mudança para guarda compartilhada ou sua inversão; e até mesmo suspender ou decretar a perda do poder familiar. Vê-se no substitutivo do PL 4.053/08 que o legislador pátrio, conscientemente ou não, pois que a temática do que chamo de ‘Ambiente Familiar Hostil’ é pouco conhecida em nosso país, mesclou as características deste com as da ‘Síndrome da Alienação Parental’, mas andou bem, ampliando o sentido e abrangência, e definindo no referido Projeto de Lei, como ‘Alienação Parental’ - a qual chamaremos de AP - qualquer interferência de mesma natureza, promovida ou induzida, agora não só por um dos genitores, mas também, no diapasão do retrocitado ‘Ambiente Familiar Hostil’, pelos avós ou tios ou dos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Já para Fonseca (2006, s. p.) “consumadas a alienação e a desistência do alienado de estar com os filhos, tem lugar a síndrome da alienação parental, sendo

certo que as sequelas de tal processo patológico comprometerão, definitivamente, o normal desenvolvimento da criança”.

Segundo Fonseca (2006, s. p.) “a síndrome, uma vez instalada no menor, enseja que este, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado”.

Por outro lado, entende Fonseca (2006, s. p.) que “o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento”.

Fonseca (2006, s. p.) ainda explica que “os efeitos da síndrome podem se manifestar às perdas importantes – morte de pais, familiares próximos, amigos, etc” e que “como decorrência, a criança (ou o adulto) passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva”. Portanto, “os relatos acerca das consequências da síndrome da alienação parental abrangem ainda depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e, às vezes, suicídio”.

Fonseca (2006, s. p.) também sugere que “é escusado dizer que, como toda conduta inadequada, a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome” e que “por essas razões, instilar a alienação parental em criança é considerado, pelos estudiosos do tema, como comportamento abusivo, tal como aqueles de natureza sexual ou física”.

Sobre a repressão judicial à alienação parental, Fonseca (2006, s. p.) compreende que:

Uma vez identificado o processo de alienação parental, é importante que o Poder Judiciário aborte seu desenvolvimento, impedindo, dessa forma, que a síndrome venha a se instalar. Via de regra, até por falta de adequada formação, os juízes de família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado. É imperioso que os juízes se dêem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nesses casos, rigorosa perícia psicossocial, para então ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante. Observe-se que não se cuida de exigir do magistrado – que não tem formação em Psicologia – o diagnóstico da alienação parental. No entanto, o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre elas, o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas. Uma vez apurado o intento do genitor alienante, insta ao magistrado determinar a adoção de medidas que permitam a

aproximação da criança com o genitor alienado, impedindo, assim, que o progenitor alienante obtenha sucesso no procedimento já encetado.

Portanto, para Fonseca (2006, s. p.) “as providências judiciais a serem adotadas dependerão do grau em que se encontra o estágio da alienação parental”. Assim, poderá o juiz:

- a) ordenar a realização de terapia familiar, nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado;
- b) determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se, se necessário, da medida de busca e apreensão;
- c) condenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária, enquanto perdurar a resistência às visitas ou à prática que enseja a alienação;
- d) alterar a guarda do menor, principalmente quando o genitor alienante apresentar conduta que se possa reputar como patológica, determinando, ainda, a suspensão das visitas em favor do genitor alienante, ou que elas sejam realizadas de forma supervisionada;
- e) dependendo da gravidade do padrão de comportamento do genitor alienante ou diante da resistência dele perante o cumprimento das visitas, ordenar sua respectiva prisão.

Já sobre o papel do advogado diante da alienação parental, explica Fonseca (2006, s. p.) que:

Identificar a alienação parental e evitar que esse maléfico processo afete a criança e se converta em síndrome são tarefas que se impõem ao Poder Judiciário, que, para esse fim, deverá contar com o concurso de assistentes sociais e, principalmente, de psicólogos. Por sua vez, ao advogado que milita na área do direito de família, quando procurado pelo genitor alienante para a defesa de seus direitos, tarefa de menor dificuldade e importância não lhe é destinada.

Portanto, conforme Fonseca (2006, s. p.) e diversos outros estudiosos analisados, “quando está patente o processo de alienação parental, promovido pelo progenitor alienante, não se permite aos advogados, em nome de uma suposta defesa de seus direitos, prejudicar aquele que é, em tais casos, o interesse maior a ser protegido: o do menor”. Assim, “em tais situações, a recusa ao patrocínio da causa do progenitor alienante impõe-se, também por força do comando constitucional que erige à condição de dever da sociedade” – e, por conseguinte, “de

todo e qualquer cidadão, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar”.

Muito recentemente a matéria como sério problema e preocupação jurídica se tornou ainda mais relevante com a publicação de uma nova lei. Segundo Lépore e Rossato (2010, s. p.) a lei 12.318/10, promulgada em 26 de agosto de 2010, dispõe sobre a alienação parental, fenômeno que hodiernamente tem interferido sobremaneira nas relações de filiação. Para os autores “a alienação parental, também conhecida como implantação de falsas memórias, infelizmente encontra-se latente na realidade de inúmeros núcleos familiares brasileiros”.

Segundo o Art. 2º da citada Lei 12.318 (2010, s. p. apud (LÉPORE E ROSSATO, 2010, s. p.), o ato de alienação parental se refere à:

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 sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

As condutas configuradoras de alienação parental já foram analisadas nos tópicos anteriores bem como todo o mal da alienação parental sob o ponto de vista familiar, social e até jurídico. Essa recente lei 12.318/10, promulgada em 26 de agosto de 2010 vem apenas corroborar os anseios sociais de gerações passadas que conviveram com o grave problema, que passa finalmente a contar com legislação exclusiva, dada sua alta relevância em casos judiciais envolvendo a família moderna.

Lépore e Rossato (2010, s. p.) analisam que o Art. 3º da Lei 12.318/10 enuncia que “o ato de alienação parental fere o direito fundamental à convivência familiar, garantia que se encontra prevista no Art. 226 da Constituição Federal, bem como no Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Ainda para os autores “a alienação parental prejudica a realização de afeto nas relações com os pais ou o grupo familiar”. Portanto, para os autores, “a afetividade é hoje valor considerado integrante da idéia de família saudável”.

Lépore e Rossato (2009, p. 15-22):

O direito à convivência familiar tem fundamento na necessidade de proteção a crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, e que imprescidem de valores éticos, morais e cívicos, para complementarem a sua jornada em busca da vida

adulta. Os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade. Aliás, o direito à convivência familiar ganhou novos ares a partir da especial proteção haurida com o advento da Lei 12.010/09, que apesar de popularmente conhecida como Lei Nacional da Adoção, deve ser compreendida como verdadeira lei de convivência familiar, haja vista denotar especial cuidado com os núcleos familiares.

Pela nova lei, portanto, e segundo Lépore e Rossato (2010, s. p.), dentre diversos outros estudiosos do tema, “a criança ou adolescente faz jus não só à presença física de familiares, mas também à convivência afetiva com seus parentes mais próximos”. Nesse sentido, “aquele que prejudica a realização de afeto nas relações com algum dos pais ou o grupo familiar, estará praticando abuso moral contra a criança ou o adolescente”, além de também “estar descumprindo com os deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes do exercício de guarda ou tutela, como formas de família substituta”.

2.3 Aspectos da Lei nº 13058/2014

Os pais são responsáveis pelos seus filhos. A responsabilidade é bem ampla e encontra-se no âmbito do poder familiar. Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio poder” utilizada pelo Código de 1916, mas não é mais adequada, por que ainda se reporta ao “poder”.

Pai e mãe são responsáveis pelo desenvolvimento sadio e equilibrado de seus filhos. A criação, a educação e todo amparo afetivo são devidos dos adultos aos pequenos em desenvolvimento. Cada responsabilidade detém uma profundidade prática tamanha, como por exemplo, cita-se o poder dever dos pais em educar. Educar não é, simplesmente, sustentar, prover, pagar as despesas. O genitor que paga um professor, uma escola, ou paga um curso extracurricular, pode estar participando do sustento do filho, sem que, contudo, se possa dizer o que o está educando. É importante distinguir o sustento (manutenção material) da educação (manutenção moral), já que para alguns a simples prestação alimentar é percebida como satisfação do dever de educar.

Crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento físico, mental e espiritual. Depende de seus pais para que esses desenvolvimentos aconteçam de forma plena. Decorrências do princípio da solidariedade familiar, a afeição e o respeito de um membro da entidade familiar pelo outro devem ser desenvolvidos objetivando o máximo estreitamento das relações entre os cônjuges e os parentes.

Como dito, o modelo de família na sociedade atual não é uniformizado. A guarda é um instituto jurídico que integra o poder familiar. Os pais se não convivem juntos ou se nunca conviveram, ambos detêm o poder familiar, porém, pode ser que apenas um detenha a guarda do filho menor. De outro, lado o instituto da guarda compartilhada vem se opor a esta modalidade de guarda (a chamada unilateral).

A mudança legislativa de guarda unilateral para guarda compartilhada se deu em razão das questões relacionadas à guarda de filhos na doutrina brasileira e existência da multiplicidade de problemas na área de família. A guarda em sentido amplo é um direito do pai e/ ou da mãe de reter o filho no lar, conservando-o ao lado, bem como de reclamar daquele que o detenha.

Modalidade de guarda não se refere, por conseguinte, a um compartilhamento de residências, ou a uma divisão de dias, horas e minutos da vida de uma criança, enfim a aspectos externos- o que está mais a serviço da competição do que da colaboração entre os pais-, mas que diz respeito a todo um modo diferente de relacionar-se à assunção, pelas figuras parentais, de sua verdadeira importância e de seu papel, independentemente de estado civil.

A guarda tem um sentido de cuidado, de proteção que deve ser dada aquela que precisa dela. A palavra guarda tem origem etimológica atribuída ao latim “guardare” e ao germânico “wardem”, cujo significado pode ser traduzido nas expressões proteger, conservar, olhar, vigiar. Guarda tem como conteúdo geral o ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, proteção e amparo.

A guarda compartilhada corresponde a responsabilização conjunta dos pais, bem como da conjugação de direitos e deveres de todos os envolvidos. Pais estes que não vivem num mesmo teto, mas que nem por isso podem e devem se eximir de suas responsabilidades (paternal e maternal).

Observa-se que mesmo na separação dos pais o menor deve gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o ECA, proteção esta que visa facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade

e dignidade. Da mesma forma, o art. 227 da Constituição Federal faz referência à proteção integral da criança como indivíduo em formação; onde a família, a sociedade e o Estado são determinados como responsáveis pelo seu desenvolvimento. Ainda, pelo disposto no art. 229, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

A lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 revoga a lei 11.698/2008 e altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Com a nova lei que teve início com várias pesquisas sobre benefícios para os filhos que a guarda compartilhada oferece, o legislado ao fazer as alterações teve a intenção, não de acabar com a guarda unilateral, mas sim forçar ao juiz sempre que possível impor a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada, diferente do que muitos pensam, não traz o casal (pai e mãe) para o convívio familiar juntos, mas sim um convívio de decisões familiar em conjunto a respeito da criação de seus filhos, como por exemplo decisões a respeito de escola, saúde, lazer, viagens o que pode e o que não pode e etc.

É notória que a criança tenha que se sentir à vontade tanto na casa do pai quanto da mãe, por isso há necessidade dos pais estabelecerem uma organização estrutural e psicológica a respeito da melhor forma que a criança deverá ser. Não se confunde guarda compartilhada com convivência alternada. Será fixada a residência da criança, e o pai que não tem a custódia física exercerá o direito de convivência, por exemplo, com alternância de finais de semana ou de um ou dois dias na semana, educada em ambos os lares tanto do pai quanto da mãe.

As responsabilidades dos pais em relação aos seus filhos são de ordem: material, moral, espiritual e psicológica. Quando os pais não vivem juntos em nada modifica para o direito tal responsabilidade. O que ocorre é que na prática, quando inexistente a guarda compartilhada e subsiste a guarda unilateral um dos pais acaba sobrecarregado com o cuidado com os filhos, enquanto o outro fica apenas com uma ou outra obrigação, tal como a alimentar e direito, como por exemplo, o de visita.

A responsabilidade dos pais em relação aos filhos na guarda compartilhada persiste do mesmo modo de como se estivessem convivendo todos no mesmo teto, assim como foi estudado em item anterior quando se tratava do poder familiar.

Como dito, a guarda é um instituto do poder familiar. Quando se estabelece a guarda compartilhada a finalidade é tentar manter o máximo de responsabilidade compartilhada entre os pais, diferentemente do que acontece com o pai ou a mãe que fica com a guarda unilateral da prole.

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma nova maneira de pais e filhos efetivamente conviverem e manterem seus vínculos afetivos. O fundamento “chave”, crucial para a decisão é atender o interesse do menor, da criança, do adolescente. Pessoas em desenvolvimento que recebem uma proteção legal, necessário ao seu adequado crescimento físico, psicológico, moral e espiritual.

Essa primazia, considerada a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos dados pelo art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos dos menores devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, constitui critério básico e determinante na atribuição da guarda.

A falta de comum acordo no estabelecimento da guarda compartilhada pode um dos pais ou ambos acessar o Poder Judiciário pela via da ação judicial e assim caberá à justiça essa difícil decisão e a doutrina aponta a dificuldade no consenso do que configura o bem estar dos filhos, sendo para os pais que dirá para um terceiro, no caso, o juiz representando o Estado.

Acompanhe-se o seu integral teor no Anexo I - LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014.

3 JURISPRUDÊNCIA APLICADA

No Direito é utilizada a Psicologia para a melhor compreensão acerca dos processos humanos. Essa atuação no campo jurídico recebe o nome de Psicologia Judiciária. Compreende-se que entre o convívio social existem indivíduos de personalidades perturbadas e desajustadas, os quais refletem através de seu caráter, reações impulsivas de instabilidade emocional, que podem ir desde simples irritabilidades, acarretando demandas civis, como também impulsos criminais acentuados, que poderiam levar, por exemplo, a assassinatos, perversões, etc. Este caráter destituído de sentimentos éticos sociais incide na personalidade psicopática, caracterizada por um modo anormal de ser e reagir, porém, sem constatação patológica.

Lidar com determinados indivíduos não é fácil no mundo do Direito. Muitas vezes algum envolvido em crimes ou demandas civis, pode ser portador de algum transtorno, grave ou não. No caso das personalidades mais doentis, a estruturação da inteligência, descartadas situações orgânicas, é inseparável desta organização psíquica. Também, esta posição está determinada pelo lugar que ocupa na tópica psíquica em relação ao inconsciente; de modo que fracassos na repressão originária produzem a maior parte dos transtornos da - constituição da lógica e do juízo.

Um juízo, um discurso gramaticalmente estruturado são produtos da repressão originária instalada nesta organização, entrelaçado com o inconsciente que se organiza singularmente. Portanto, nesse caso a abordagem terapêutica deve ir nesta via de resignificação, pensando uma inserção social para aquela singularidade. Assim, mesmo mostrando-se incapaz de acompanhar uma aprendizagem - formal tradicional, o sujeito psicótico apresenta possibilidades de desenvolver em alguma direção o seu sucesso simbólico, mesmo atravessado pela lógica do inconsciente.

O maior problema que existe para o Direito e onde a Psicologia pode ser útil é no processo de adequação do sujeito à realidade social em que vive. A verdade é que em todo aspecto social é vital a padronização de métodos para que exista e funcione uma estrutura ou situação qualquer. Porém não se pode ignorar que o enquadramento inadequado do sujeito psíquico ao método é mortal, tanto para o sistema como para o sujeito, pois ambos fracassam. Observa-se, de qualquer forma, que toda história da humanidade é uma história de violência, guerras e horrores. O

homem humanizado, governado pela razão, somente surgiu no final do século XVIII, e mesmo assim a razão não é suficiente para “domesticá-lo”, basta observar a tresloucada corrida armamentista americana e o massacre que impõe aos povos, quer pelas armas quer pela economia.

Por isso a realidade brasileira sobre a violência deve ser tratada com muita responsabilidade pelas autoridades, na medida em que são variados os fatores criminógenos. Muitas são as frentes de combate à criminalidade que devem ser abertas, não com o propósito de acabar com o fenômeno criminal, o que é impossível, mas de reduzir as fontes geradoras do impulso criminoso. Além disso, muitas vezes o indivíduo não acredita mais no Estado, nas suas instituições, como forma de solução dos conflitos.

Destaca-se neste contexto o papel que exerce a impunidade como fator de fomento à violência. Muitos cometem crimes porque apostam na ineficiência dos aparelhos de repressão ou insignificância das medidas penalizadoras. A Lei penal, com a ameaça da sanção, exerce uma função psicológica de inibição ao crime. A certeza da punição não eliminará a criminalidade, mas reduzirá o número de pessoas que possam ser atraídas para o ilícito.

A sociedade pós-moderna está fundamentalmente marcada pela globalização, pela velocidade das informações, pela tecnologia, pela inexistência de fronteiras, porque o homem está desterritorializado. Desapareceu o projeto de vida do homem como ser atomizado de Leibniz, porque a luta não é mais de um homem contra o outro em face de sua natureza violenta, mas pela disputa de bens que garantam a sobrevivência, o bem-estar, a riqueza, enfim, o poder para dominar o semelhante. O homem dos séculos XX e XXI desenvolveu uma sociedade de massa, de consumo, com concentração de riqueza nas mãos de poucos e clamorosos desequilíbrios socioeconômicos. Como era de se esperar, a violência aflora com toda a sua força.

O problema preocupante da Alienação Parental é apenas mais um destes desajustes sociais que se encontram no campo jurídico à procura de solução. Algumas decisões devem ser observadas, e a seguir visualizam-se algumas:

TJMG, AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0702.09.554305-5/001(1), REL. DESA. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, P. 23/06/09.

(...) O laudo psicossocial de f.43/45 conclui que o menor possui quadro de síndrome de alienação parental, ou seja, "quando a criança está sob a guarda de um genitor alienador, ela tende a rejeitar o genitor oposto sem justificativas consistentes, podendo chegar a odiá-lo", relatando ainda: "A respeito das visitas paternas G. traz queixas inconsistentes, contudo, o seu brincar denota o desejo inconsciente de retorno do contato com o pai, demonstrando que o período de afastamento não foi capaz de dissolver os vínculos paternos-filiais (sic)."

TJMG, AGRAVO 1.0184.08.017714-2/001(1), REL. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, P. 27/11/09.

(...) Embora os agravados se defendam falando que a recusa da criança se baseia na "imperícia" do pai em restabelecer o contato que havia sido interrompido por culpa dele (fls.69/71), tal situação me parece ser um caso típico de alienação parental, também conhecida pela sigla em inglês PAS, tema complexo e polêmico, inicialmente delineado em 1985, pelo médico e Professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, Richard Gardner, para descrever a situação em que há disputa pela guarda da criança, e aquele que detém a guarda manipula e condiciona a criança para vir a romper os laços afetivos com o outro genitor, criando sentimentos de ansiedade e temor em relação ao ascendente.

Embora situações de alienação parental sejam mais comuns entre ex-cônjuges, ou ex-companheiros, pai e mãe da criança, a jurisprudência também vem apontando esse tipo de situação entre avós e pais, nesse sentido:

"Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar a filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento.

A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas aos avós, a ser postulada em processo próprio." (Apelação Cível Nº 70017390972, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007).

(...) já sendo previsível que a menor necessitará de um tempo para se adaptar, sendo recomendável, principalmente considerando-se os indícios de síndrome de alienação parental, acompanhamento psicológico bem como o monitoramento dessa nova situação pelo Conselho Tutelar.

O SR. DES. WANDER MAROTTA:

(...)Em processos de guarda de menor, busca-se atender aos interesses da criança, não aos anseios dos adultos envolvidos. A convivência com o pai deve ser progressiva, inclusive para desfazer o que se convencionou chamar hoje de síndrome da alienação parental.

TJMG, AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0216.08.057510-5/001(1), REL. DES. SILAS VIEIRA, P. 28/08/09

(...) Laudo Social de f. 34/36 em que restou afirmado que a genitora da menor estaria utilizando-se de meios para afastá-la do seu pai/agravado, o que caracteriza a síndrome da alienação parental – SAP.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.08.393350-1/003(1), REL. DES. WANDER MAROTTA, P. 17/07/09.

(...) A Magistrada ressaltou que conversou com os advogados das partes por mais de duas horas, tentando compor um acordo, sem sucesso. Visto isto, e após exame das provas e estudos até então produzidos, proferiu ela a decisão atacada.

Segundo a decisão "...essa magistrada não ampliou as visitas, apenas alterou sua forma"; e, embora a Juíza tenha afirmado "que a conduta da requerente poderia sugerir a possibilidade de estarmos diante de um quadro de síndrome de alienação parental", o certo é que a decisão está fundada nos estudos psicossociais realizados, no fato de a criança não ser mais um bebê de colo e na relação mantida entre pai e filha.

TJRJ, APELAÇÃO CÍVEL 2009.001.01309, DESA. REL. TERESA CASTRO NEVES, J. 24/03/08.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABUSO SEXUAL. INEXISTÊNCIA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. GARANTIA DO BEM ESTAR DA CRIANÇA. MELHOR INTERESSE DO MENOR SE SOBREPÕE AOS INTERESSES PARTICULARES DOS PAIS.

(...) A insistência da genitora na acusação de abuso sexual praticado pelo pai contra a criança, que justificaria a manutenção da guarda com ela não procede.

Comportamento da infante nas avaliações psicológicas e de assistência social, quando assumiu que seu pai nada fez, sendo que apenas repete o que sua mãe manda dizer ao juiz, sequer sabendo de fato o significado das palavras que repete. Típico caso da síndrome da alienação parental, na qual são implantadas falsas memórias na mente da criança, ainda em desenvolvimento.

Respeito à reaproximação gradativa do pai com a filha. Convivência sadia com o genitor, sendo este direito da criança para o seu regular crescimento...

TJRJ, AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008.002.13084, REL. DES. MARCUS TULLIUS ALVES, J. 14/10/08.

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO - MENOR IMPÚBERE - ALEGAÇÃO DE SUSPOSTO ABUSO SEXUAL - INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR - INCONFORMISMO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES FÁTICAS FUNDADAS NA ESTEIRA DE UM LAUDO PRODUZIDO PELO PSICOLOGO QUE PRESTA SERVIÇOS AO CONSELHO TUTELAR - AUSÊNCIA DE PROVAS CONCLUSIVAS E VALORATIVAS - MENOR QUE ESTÁ SENDO CRIADA PELO GENITOR PATERNO - INEXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO PARA A CONCESSÃO DO PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO.

Cabe ressaltar, nesse momento, que consta dos autos a entrevista realizada pelo psicólogo do Conselho Tutelar que, em tese, comprovaria a existência de um suposto abuso sexual. No entanto,

tal prova não é corroborada por nenhuma outra, não sendo, assim, possível verificar se houve inexoravelmente a chamada "síndrome de alienação parental" na qual um dos genitores imputa falsamente ao outro uma conduta desonrosa, o que leva a criança a acreditar na veracidade dos fatos imputados. Dessa forma, a decisão recorrida, ao indeferir o pedido de busca e apreensão da menor, perfilhou-se na melhor solução diante da delicadeza da presente situação em tela. Compulsando os autos, verifica-se que a criança está sendo bem criada pelo pai, razão pela qual o afastamento, mesmo que provisório, sem respaldo probatório mínimo, pode ser prejudicial à menor, principalmente porque essa medida só deve ser deferida se houver efetiva demonstração de risco, não bastando, portanto, uma simples alegação.

A relação afetiva entre pais e filhos não deve ser confundida com a relação conjugal dos genitores. O sentido da guarda compartilhada ultrapassa a simples divisão de tarefas entre os pais, na medida em que garante um duplo vínculo de filiação, apesar da cisão conjugal. Nesse contexto, segundo Roche (2010, s. p.) “há a consagração da manutenção da unidade familiar, ou seja, o exercício do poder familiar é um direito e dever, preponderante a qualquer situação que diga respeito aos pais”, pois, “após a separação, o que deve ser reformulado é o estado conjugal e não o parental”.

Neste sentido, o posicionamento de Fuga (2003, p. 41) de que “o rompimento da vida em comum instaurará uma nova rotina familiar, e esta, juntamente com toda conflituosidade vivida no passado, é que influenciará sobre os hábitos dos filhos”. Paradoxalmente, “é na continuidade da relação entre os filhos e seus pais que se encontram respostas para assegurar uma equilibrada socialização psicoafetiva aos menores”. É evidente que a admissão de novos arranjos amorosos e familiares fazem surgir novos problemas onde se faz cada vez mais necessário o atendimento de equipes inter disciplinares junto às Varas de Família.

No Brasil, as adoções de crianças e adolescentes são realizadas de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), sempre com a intervenção da equipe técnica dos Tribunais em suas Varas de Família, constituídas de assistentes sociais e psicólogos. Essa equipe tem como procedimento, realizar visitas domiciliares (através de assistentes sociais), acompanhamentos durante a guarda provisória (ou estágio de convivência) e elaboração de relatórios finais que precedem a concessão final da adoção àquela família, através de decisão judicial.

O psicólogo atua também, promovendo e participando de eventos que discutam as questões mais comuns dessa situação, contribuindo para desmistificar

diversos assuntos inerentes à adoção, cujos preconceitos interferem não apenas sobre a decisão dos pais em adotarem crianças e adolescentes (adoção tardia), como também no relacionamento familiar e suas consequências, visando prevenir as situações mais comuns, ajudando inclusive, na melhor aceitação da adoção pela sociedade em geral.

Outra situação que envolve a atuação do psicólogo nas Varas da Família é relativa ao auxílio das crianças e adolescentes nos casos de guarda e tutela. Algumas vezes pode ocorrer a disputa da guarda entre a família consanguínea da criança e as famílias substitutas, nas mais diferentes circunstâncias e a equipe técnica pode ser chamada, então, a realizar estudos, diagnósticos e prognósticos considerando sempre o bem estar da criança em cada situação em particular.

O psicólogo pode também, atuar como mediador numa relação conflituosa. De modo geral, a mediação pode envolver todos os pontos do divórcio ou se limitar somente às questões da guarda da criança e de sua visitação. O psicólogo mediador atuará diretamente no conflito, visando acordo entre as partes. Ajudará a compor a negociação, atuando mais como facilitador do que interventor ativo, restabelecendo o diálogo para que surjam das partes as possibilidades de entendimento e desfecho do conflito.

Nessa perspectiva, o mediador evita fazer imposições e traz à discussão apenas o que o casal quer negociar, orientando e buscando idéias que facilitem a construção de um compromisso favorável aos antagonistas. Ao mesmo tempo, o psicólogo precisa tomar cuidado para não se deter na análise das determinações psíquicas do conflito do casal, pois corre o risco de prolongar o atendimento para além do tempo disponível no judiciário, além de ter um caráter terapêutico sem garantir a resolução dos acordos necessários para o fim do litígio.

No modelo compartilhado, a criança tem garantida uma convivência ampliada com ambos os genitores, o que certamente restará de forma positiva para o bom desenvolvimento deste indivíduo em formação. Ao serem decididas questões referentes à guarda, é necessário privilegiar o interesse da criança.

Conforme Nogueira (2001, p. 171), o interesse da criança depende da subjetividade encontrada em cada caso:

[...] a noção de 'interesse do menor' é de difícil determinação, existindo dualidades de concepções, nos mais diversos entendimentos de que valores comportariam tal interesse, dada a

complexidade e extensão dessa noção. O arbítrio do juiz é, sem dúvida, o elemento primeiro de que a noção de interesse da criança é de cunho subjetivo.

O modelo compartilhado procura reorganizar a relação genitor e filho, de modo que, mesmo com a família desunida, os laços familiares continuem estreitos. Desta forma, visa a garantir o melhor interesse da criança, que é beneficiada, na medida em que tem ambos os pais envolvidos em sua criação, como era antes da dissolução do vínculo conjugal. É imprescindível que se atente aos aspectos psíquicos envolvidos num processo de tamanha repercussão em tantos destinos. Os aspectos referentes ao bem-estar do menor em questão devem ser valorizados, para que a definição da guarda não seja mais um processo traumático à criança.

A criança não pode simplesmente ser privada da presença de um dos pais, pelo fato deste não estar mais unido conjugalmente com o outro genitor. Não se pode deixar de analisar a relação de afeto entre os genitores e os filhos, pois a afetividade é elemento essencial e marcante da união familiar. Constitui-se de grande importância o envolvimento dos pais na criação e educação dos filhos, portanto a guarda compartilhada apresenta-se como modelo adequado, uma vez que permite que a relação afetiva entre pais e filhos não se destitua por falta de contato.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aproximadamente um em cada dois casamentos hoje em dia termina em divórcio, afetando quase um milhão de crianças por ano, só no Brasil. Cerca de 10% destes divórcios envolvem litígios de guarda. Algumas crianças são ou tornam-se emocionalmente distante de um ou ambos os pais durante esse processo. A causa deste afastamento não pode ser determinada sem uma compreensão em profundidade da história da família e da sua dinâmica. Se pode observar com o presente estudo, que a alienação parental varia no grau de gravidade, como visto nos comportamentos e atitudes de ambos os pais e as crianças. A gravidade pode ser de pouca importância, como um pai, ocasionalmente, chamando o outro progenitor um nome pejorativo, ou poderia ser tão avassalador como a campanha do pai que, conscientemente, destrói a relação da criança com o outro progenitor. Por conta disso, as crianças podem não ser capazes de resistir a campanha persistente de um pai e de seu ódio e alienação.

A guarda conjunta foi amplamente visto como uma maneira melhor de lidar com o problema em evolução de como compartilhar a guarda dos filhos. Acredita-se que isso levaria a lutas menos intensas sobre a guarda dos filhos porque seria mais igualitário. A maioria dos pais devem ser capazes de compartilhar a guarda dos filhos, para que se possa fazer o acolhimento das crianças de uma forma amigável.

Observou-se ainda que o novo casamento do cônjuge não lhe retira o direito à guarda, salvo se provado que o filho não vem sendo tratado convenientemente. Essa é a regra contida no art. 1.588 do Código Civil de 2002. A guarda comum dos filhos só pode ser exercida se o casal vive debaixo do mesmo teto. Se ocorrer separação de fato, os filhos estarão na companhia de um ou de outro dos cônjuges. Todavia, em toda essa questão de guarda de filhos menores, os interesses destes é que devem ser determinantes.

A alienação parental é uma importante questão legal. Infelizmente, continua a ser uma característica predominante de muitos casos de direito de família. Sua intenção e efeito é destruir a relação entre o presente e o futuro de uma criança e o genitor alienado. A lavagem cerebral é muito eficaz porque é feita em cima de uma mente jovem, emocionalmente vulneráveis e facilmente impressionáveis. Não há cura para a alienação parental. Em qualquer caso de alienação parental prolongada, uma bomba-relógio emocional é implantada na criança. A Síndrome de Alienação

Parental (SAP) é um distúrbio da infância que surge quase exclusivamente no contexto das disputas pela custódia dos filhos.

Na lista de culpados existem tanto homens quanto mulheres. Ela tem sido usada como uma ferramenta ou arma, para ganhar batalhas ou uma recompensa financeira suplementar a partir da cisão e de uma percentagem muito elevada de casos, simplesmente para punir os pais orientados por qualquer motivo patético que o autor possa ter. Se o abuso permanecer, muitas vezes o alvo e a relação das crianças é cortado e as crianças desenvolvem problemas comportamentais no tempo.

Entre os diversos princípios que interessam diretamente ao Direito de Família, o do interesse do menor possui relevância, e sua preponderância perante aos demais se faz necessária. Este princípio primeiramente consolidou-se na cultura, e hoje é valor tutelado pelo Estado. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1989, teve papel fundamental no alargamento e confirmação do princípio do melhor interesse da criança, destacando em seu art. 3.1: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”. O melhor interesse da criança é de observância indispensável para a concretização de seus direitos fundamentais, pois, como sujeito de direitos, deve ter boa formação moral, social, psicológica, saúde mental e emocional.

Assim, conforme se pode compreender com o presente estudo, a concessão da guarda a quem tiver melhores condições para exercê-la dá margens a diversas interpretações, sendo duas delas mais discutidas. A primeira, leva em consideração as condições econômicas dos cônjuges como a mais importante para determinar quem ficará com a guarda dos filhos. Já a segunda, que tem sido mais aceita e utilizada nas varas de família, considera a estrutura familiar em um âmbito geral, enfatizando conjuntamente o aspecto moral, econômico, educativo, enfim, o aspecto social como um todo. No entanto, o parágrafo único do artigo 1584, dispõe que, caso nenhum dos pais apresente condições para obter a guarda dos filhos, essa deverá ser delegada a outra pessoa, que atenda aos requisitos propostos pelo dispositivo legal.

5 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto (1996). *Democracia*, em SANTILLÁN, José Fernández (coord.). Norberto Bobbio: el filósofo y la política. México: Fondo de Cultura Económica.

COSTA, Antônia Carlos Gomes da. *O estatuto da criança e do adolescente e o trabalho infantil no Brasil: trajetória, situação atual e perspectivas*. São Paulo: LTr. Edit, 1994.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords). Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de alienação parental*. Pediatria, São Paulo, n. 28(3), p. 162-168, 2006.

FUGA, Marlova Stawinski. *Mediação familiar: quando chega ao fim a conjugalidade*. Passo Fundo UPF, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. Comentários à lei de alienação parental: Lei nº 12.318/10. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2700, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17871>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. Memória Jurídica, São Paulo, 2001.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação parental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2221, 31 jul. 2009.

ROCHE, Fernanda. *Direitos de Filhos e Pais*. Disponível em: <http://www.criancaemfoco.com.br/pag_tt.php?pag=6&tt=198#lista>. Acesso em: 01 mar. 2015.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANEXO I - LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014

Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º - A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583

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

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º - Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º - A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.” (NR)

“Art. 1.584.

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

§ 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.

§ 4º - A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

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

§ 6º - Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (NR)

“Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.” (NR)

“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 (dezesseis) 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.” (NR)

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.