



GIULIO CESAR FERREIRA BATISTA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO PREVENTIVO A ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Ji-Paraná

2019

GIULIO CESAR FERREIRA BATISTA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO PREVENTIVO A ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Artigo apresentado no Curso de graduação
em Direito do Centro Universitário São
Lucas 2019, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Aroldo Bueno de Oliveira.

Ji-Paraná
2019

B333g

Batista, Giulio Cesar Ferreira Batista

A Guarda compartilhada como meio preventivo a alienação parental / Giulio Cesar Ferreira Batista. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019.

22 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof. Aroldo Bueno de Oliveira

1. Guarda compartilhada. 2. Alienação parental. 3. Direito de família. I. Oliveira, Aroldo Bueno de. II. A Guarda compartilhada como meio preventivo a alienação parental. III. Centro Universitário São Lucas.

CDU 347.615

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB 11/1091

GIULIO CESAR FERREIRA BATISTA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO PREVENTIVO A ALIENAÇÃO
PARENTAL**

Artigo apresentado a Banca Examinadora
do Centro universitário São Lucas, como
requisito de aprovação para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: prof. Aroldo Bueno de
Oliveira.

Ji-Paraná ____ de _____ de _____

Resultado:

BANCA EXAMINADORA

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná/RO.

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná/RO.

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná/RO

A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO PREVENTIVO A ALIENAÇÃO PARENTAL¹

Giulio Cesar Ferreira Batista²

Aroldo Bueno de Oliveira³

RESUMO:

O presente trabalho busca analisar o instituto da guarda compartilhada e da alienação parental, sob a ótica do melhor interesse para a criança e para o adolescente. Propõe-se, por meio de análise da legislação atual e obras de doutrinadores recentes e relevantes, analisar e expor os pontos jurídicos relevantes que envolvem o problema. A guarda compartilhada é a melhor solução para evitar a alienação parental? Assim sendo, buscou-se apresentar, que os pais dispõem do mesmo direito de conviver de forma equilibrada com os seus filhos, compartilhando a obrigação de cuidar, proteger e criar. Analisando diferentes tipos de guarda, principalmente a guarda compartilhada. Para tanto se analisa a guarda compartilhada como um método de se evitar a alienação parental.

Palavras-Chave: Guarda compartilhada. Alienação parental. Direito de família

THE GUARD SHARED AS PREVENTIVE MEANS OF PARENTAL DISPOSAL

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the institute of shared custody and parental alienation, from the perspective of the best interest for children and adolescents. It is proposed, by analyzing current legislation and the works of recent and relevant indoctrinators, to analyze and expose the relevant legal points surrounding the problem. Is shared custody the best solution to prevent parental alienation? Thus, we sought to present that parents have the same right to live in a balanced way with their children, sharing the obligation to care, protect and raise. Analyzing different types of custody, especially shared custody. To this end, shared custody is analyzed as a method of avoiding parental alienation.

Keywords: Shared custody. Parental alienation. Family Law

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção de grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná, em 2019/2.

² Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. E-mail: ferreiragiulio@hotmail.com

³ Professor orientador, Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, 2009 e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, 2012. E-mail: aroldobueno_adv@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O rompimento das relações conjugais não pode causar a separação afetiva entre pais e filhos. Apesar de a legislação ter evoluído, observando os princípios constitucionais, principalmente o do melhor interesse da criança e do adolescente, o enfraquecimento dos vínculos parentais é frequente em nossa atualidade.

No campo do Direito de Família as mudanças jurídicas foram determinadas pelas transformações sociais. O conceito de família já não é mais o mesmo, não representa apenas a ligação formada pelo casamento, composta por pai, mãe e filhos. Tem-se aumentado cada vez mais a forma de constituir família, do que decorre a atual denominação, por alguns doutrinadores, do Direito das Famílias.

Do mesmo modo, por conta das mudanças sociais firmou-se o tratamento de crianças e adolescentes como indivíduos de direitos, e não como seres que necessitam de proteção. Ainda no que se refere ao direito da criança e do adolescente, passou-se a aderir à doutrina da proteção integral, assim como privilegiou as relações de afeto e cuidado à luz do princípio do melhor interesse do menor.

Na legislação obsoleta, se discutia apenas a quem caberia à guarda do filho, não levando em consideração, de fato, os interesses do mesmo, preservando-se, de forma excessiva, os interesses dos pais. Além disso, o ato de alienar continua sendo comum entre aqueles que passaram por uma separação conturbada.

Após, a promulgação da Lei 13.058/2014 ocorreram mudanças, sendo que a guarda compartilhada passou a ser considerada o modelo ideal por juristas e doutrinadores. Entretanto, apesar de a lei determinar a utilização desse instituto mesmo em casos que haja conflito, não tem sido ele adotado dessa forma. Acontece que, nos casos em que não se tenha consenso, tem sido aplicada a guarda unilateral, não ocorrendo o compartilhamento da guarda.

1. Da Família

A família é sem dúvida a instituição e o agrupamento humano mais antigo que se tem notícia, certo que todo ser humano, nasce em razão da família. A palavra família possui um significado diferente da ideia que temos de tal instituto hoje, vem

do latim *famulus* e significa grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão.

A ideia do que vem a constituir família, suas características, sua formação e etc., é um conceito volátil e mutável no tempo, acompanhando sempre a evolução dos ideais sociais, das descobertas científicas e dos costumes da sociedade, sendo impossível se construir uma ideia sólida e fixa do que vem a ser família e quais sua característica.

Atualmente não se tem uma definição precisa de família, por possuir vários sentidos, de acordo com o ramo da ciência que está sendo analisada. Porém Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam de forma genérica a família como “[...] um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (2012, p. 44). Constituindo-se assim um conceito aberto, sem preconceitos abrangendo diferentes formas de famílias e não apenas as formadas por pai, mãe e filho. Paulo Freire já conceitua a família da seguinte maneira:

Na verdade, família é uma construção sócio-cultural que se transforma, agregando elementos novos, que libera de outros e que altera no tempo e no espaço os seus modelos e atitudes, fatores que contribuem para o que se chama de definições de família. ...são construídas dentro de contextos históricos específicos, que lhes dão características culturais especiais, de acordo com os valores, a cultura, a crença e os hábitos predominantes nesses contextos (2004, p. 211).

Dependendo da realidade cultural a família, mesmo sendo uma instituição social básica, possui diversas formas, algumas dessas formas não são aceitas pela sociedade, mas, mesmo assim existem. Cito como exemplo as famílias homoafetivas que somente a partir de 2011, quando do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 tiveram suas garantias respeitadas. (BRASIL, 2011)

Atualmente, o casamento não é visto como elemento primordial para formação de uma família, o sentimento torna-se prioritário, a vontade das partes em se unir um ao outro é mais importante, portanto, hoje é possível perceber que uniões estáveis podem construir famílias, temos ainda como exemplos a família monoparental (mãe ou pai solteiro) e a família da união de pessoas do mesmo sexo. A vontade dos indivíduos é o elemento subjetivo responsável pela constituição da família, essa mudança ocorreu em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que há uma proteção maior à pessoa e a seus direitos.

Maria Berenice Dias leciona que “[...] a Constituição Cidadã estabeleceu a maior reforma já ocorrida no direito de família, pois, já em seu preâmbulo, assegura o direito à igualdade e objetiva ao Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo” (2015, P. 33), o que deu margem à anuência, pelo ordenamento, de modelos familiares que muito fogem da estrutura patriarcal estabelecida historicamente.

1.1. Das formas de extinção do vínculo conjugal

O vínculo conjugal encontra proteção no Código Civil para quando for impossível a sua manutenção, possa vir a ser dissolvido. Segundo os princípios matrimoniais, é determinante a enumeração das causas que fazem extinguir o vínculo conjugal. As causas da extinção do vínculo conjugal estão especificadas no artigo 1571 do Código Civil, que traz:

Art. 1.571 A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial. (BRASIL, 2002)

Com o falecimento de um dos cônjuges finda o vínculo conjugal, previsto no art. 1571, I e no § 1º, primeira parte. Desta forma o cônjuge sobrevivente poderá contrair novas núpcias. Em caso de cônjuge ausente, o casamento também poderá ser desfeito, uma vez declarada judicialmente, tornando o viúvo apto a um novo casamento.

As justificativas de anulação e nulidade do casamento estão previstas no artigo 1.548 com referência ao 1.521, I a VII e artigos 1.550, 1.556 e 1.558 do Código Civil, respectivamente. A existência de sentença anterior de separação judicial ou de divórcio não impossibilita o ajuizamento de ação de anulação do casamento. Deste modo, também não impede a cumulação das ações, anulatória e de separação judicial.

A separação judicial está prescrita no art. 1.576 do Código Civil. A ação de separação judicial é de caráter personalíssimo, onde somente os cônjuges têm a iniciativa da ação, que é privativa e intransmissível. No art. 1.580 § 1º e 2º, ficam ilustradas as modalidades de separação judicial: separação judicial consensual ou por mútuo consentimento e a separação judicial litigiosa, pedida por um cônjuge contra o outro. (BRASIL, 2002)

Com o divórcio, eliminou-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. O mecanismo do divórcio está previsto no art. 1.580 do Código Civil, quando passado um ano do trânsito em julgado da sentença que determinar a separação judicial, as partes, poderão pleitear a sua conversão em divórcio.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 280), a dissolução e desvinculação conjugal se faz por sentença transitada em julgado, reclamando-se o seu registro apenas para efeitos colaterais. Essa dissolução e desvinculação estão subordinadas aos vícios ou defeitos antecedentes ou concomitantes à celebração, ou em virtude de fatos naturais ou voluntários que sejam posteriores.

1.2. Dos novos formatos familiares: os meus, os seus, os nossos

O modelo tradicional de família que, em 1995, correspondia a aproximadamente 58% das famílias brasileiras passou para 42%, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2015; ou seja, formatos diferentes desse já é maioria.(PNAD, 2015)

Os novos formatos e as modificações sociais, não abalaram a estrutura da família que persiste forte. O casamento monogâmico, heterossexual e indissolúvel que idealizou a família brasileira, não é mais a única opção para a sociedade moderna. Deparamos-nos com novos modelos, a família monoparental, onde os filhos são criados só pelo pai ou só pela mãe, e a família anaparental, onde os filhos são criados sem presença materna ou paterna é uma realidade presente em nossa sociedade.

Com as mudanças sociais, começa a surgir a família pluriparental, que é a reconstrução em um novo lar de uniões desfeitas gerando assim quanto aos filhos, os já conhecidos “os meus, os seus e os nossos”. Muitos já fazem questão de registrar a família eudemonista, construída pela comunhão de afeto recíproco entre seus membros, sendo dispensável o vínculo biológico, o que importa é o afeto. A

família paralela passa a ter reconhecidos direitos decorrentes das relações extraconjugais. E se muitos e diferentes surgem para formar a mesma família, discute-se na ponta oposta à família unipessoal que é formada por um único indivíduo.

Os filhos não têm mais como condição obrigatória as figuras de um pai e uma mãe, na medida em que, redefinindo o que a natureza limita, é possível filhos com ascendentes de apenas um sexo, ao menos na certidão de registro civil.

Nos tribunais, é crescente a visão de que os laços de afeto são mais importantes que os genéticos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA JUDICIAL DO GENITOR. ÓBITO. GUARDA DE FATO DA MÃE AFETIVA/MADRASTA. RELATÓRIO PSICOSSOCIAL. OITIVA DO MENOR. SENTENÇA REFORMADA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. GUARDA UNILATERAL A FAVOR DA MÃE AFETIVA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AÇÃO PRÓPRIA. I- Na concessão da guarda unilateral, não há preferência entre os genitores, devendo ser observado o princípio do superior interesse do menor. II- Estando o menor sob os cuidados da mãe afetiva/madrasta há muitos anos, diante do quadro fático-processual, em que se assegurou a realização de estudo psicossocial para averiguar a conveniência da continuidade da guarda na situação atual, assim como a oitiva do menor, que manifestou a vontade de permanecer com a mãe afetiva, impõe-se a reforma da sentença que concedeu a guarda compartilhada entre a genitora e a mãe afetiva. III - A regulamentação de visitas da genitora do menor deve ser apreciada em demanda própria, porquanto não constitui objeto desta ação. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJ-GO - Apelação (CPC): 00274724420148090006, Relator: NELMA BRANCO FERREIRA PERILO, Data de Julgamento: 26/02/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 26/02/2019)

Por isso, cada vez mais arranjos não tradicionais são legitimados pela Justiça, fazendo com que a sociedade reconheça essas novas formas de convivência familiar.

2. Do Poder familiar

Antes denominado pátrio poder, o poder familiar representa tudo aquilo que diz respeito ao dever dos pais em relação aos filhos menores. Estando entre os deveres a educação, o sustento e a guarda.

O Código Civil de 1916 assegurava que o exercício do poder familiar seria exclusivo do pai, neste caso, a mãe não poderia participar das decisões sobre seus filhos. De acordo com Maria Berenice Dias (2006, p. 343):

A conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu, daí o novo termo: poder familiar.

A mulher exerceria o poder familiar no que se refere aos filhos, apenas na ausência ou impedimento do cônjuge. Em razão do falecimento do marido caso a viúva constituísse uma nova família, perderia o pátrio poder em relação aos seus filhos.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores” (2002, P. 356). Aos genitores foi outorgada ou proposta uma função semipública, intitulada poder parental ou pátrio poder, que inicia a partir do nascimento do filho, e se caracteriza por vários direitos e deveres.

O poder familiar é definido pelo interesse dos filhos e da família, não em benefício dos pais, mas sim, em observância ao princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido na Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º.

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

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

Vide, também, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90):

Art. 21. O Poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009).

O poder familiar é *múnus público*, ficando o Estado responsável por criar as regras para o sua atuação, o genitor não perde pelo fato de não o exercitar, somente podendo perdê-lo conforme o determinado em lei.

O artigo 1.630 do Código Civil preceitua que “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O poder familiar se encerra no instante em que os filhos alcançam a maioridade, ou, caso aconteça a emancipação por conta de qualquer motivo disposto no artigo 5º, parágrafo único do Código Civil.(BRASIL, 2002)

A Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º, dispõem que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, desta forma combinando com o artigo 1.631 do Código Civil, o exercício do poder familiar deve ser realizado pelos pais com igualdade, sendo exercido de maneira exclusiva somente nos casos de ausência ou proibição. Assim, “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” (BRASIL, 2002).

Quando houver a separação judicial, divórcio ou a dissolução da união estável essa, não altera o relacionamento entre pais e filhos a não ser em relação ao direito, que cabe aos genitores, de ficarem com os filhos em sua guarda. Surge assim uma forma diferente da atuação do poder parental.

2.1. Da influência do *Pater Familias* âmbito Pátrio

Pesquisas históricas permitem a constatação de que a família sofreu inúmeras transformações com o passar dos anos e dessa maneira o poder familiar também foi alterado.

A família era essencialmente um grupo de pessoas subordinadas a uma liderança política e religiosa. No princípio, existiu também, um período a qual se acolhia a lógica matriarcal, portanto, as mulheres eram “chefes” das famílias. O matriarcalismo foi deixado de lado depois do surgimento da agricultura e a domesticação de animais.

Em Roma, nos tempos antigos, a família era classificada como unidade política, jurídica, religiosa e econômica. As ligações de sangue não importavam para a formação da família, tampouco o afeto. O *pater* era tido como o chefe da família

em todas as esferas. O seu poder dentro da família era tão infinito que nem sequer o próprio Estado interferia nas decisões tomadas por ele no âmbito familiar. Segundo Simone Clós Cesar Ribeiro:

O Estado Romano praticamente não interferia no grupo familiar, sendo este de responsabilidade do *pater* que exercia uma jurisdição paralela a estatal, autorizada pelo próprio Direito Romano. O homem exercia seu *domino* na família, assim como o Imperador o fazia no vasto Domínio Romano, existindo entre eles, o *pater* e o Imperador, uma correlação, já que se acreditava que a família era a representação celular do Estado. (2002)

Na Idade Média, por conta do Cristianismo, a família era formada por intermédio do matrimônio. Se reproduzir era uma obrigação natural do casamento, porém não existia até esse momento a função afetiva da família. Somente após as Revoluções Francesa e Industrial, passaram a se realizar matrimônios laicos afunilando os vínculos familiares.

A família moderna é uma entidade baseada na afetividade, solidariedade e igualdade, se libertando da formação apenas por vínculos sanguíneos. Nesse sentido, pensa o jurista italiano Pietro Perlingieri:

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas efetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida. (2002, p. 165)

Diante de tudo que foi evidenciado sobre o conceito de família e suas mudanças no decorrer do tempo, é correto afirmar que enquanto houver o elo de sentimentos haverá sempre uma família, independente de sua forma de constituição.

2.2. Conceito e espécies de guarda

Diante do exposto até agora, não há a necessidade de repetir que a separação dos cônjuges não importa no afastamento entre pais e filhos, observando que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, possui prioridade sobre os interesses dos pais em conflito. Como bem conceitua Paulo Lobo:

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício. (2011, p. 191)

Durante muitos anos foi costume no ordenamento jurídico brasileiro a adoção da guarda unilateral, frequentemente dada a genitora, quando da separação entre os cônjuges. Ao genitor, cabe ficar com direito a visitação e o pagamento da pensão alimentícia. Com isso quem ficava com a guarda tinha a responsabilidade de decidir sobre a vida dos filhos, e muitas vezes os filhos tinham seus direitos de convívio com o genitor cerceado.

Outra possibilidade é a guarda alternada, que é quando a criança ou adolescente passa períodos de tempo alternados entre os genitores. Porém, tal modalidade não está prevista na legislação, sendo uma criação jurisprudencial e doutrinária.

Com relação à guarda compartilhada, é importante frisar que foi regulamentada em 2008, através da Lei nº 11.698, sendo posteriormente alterada pela Lei nº 13.058/2014. Esse tipo de guarda dependia que os genitores tivessem entre si um bom relacionamento. Portanto, quando da alteração no Código Civil que introduziu no artigo 1.584, dizia que quando não houvesse acordo entre os genitores com relação à guarda, sempre que possível seria aplicada a guarda compartilhada.

Observe o exposto no parágrafo 2º do artigo 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. (BRASIL, 2002)

Evidencia-se que a guarda compartilhada é a melhor maneira para impedir a alienação parental, pois a criança vai conservar vínculo afetivo com ambos os pais e familiares, não sofrendo com a reorganização familiar, que acontece depois da separação. Desse modo Conrado Paulino da Rosa pontua:

A utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome de alienação parental. Isso porque, em seu comportamento ardiloso e incessante, o alienador busca ser o único

cuidador da criança, fazendo que o contato com o outro genitor seja repudiado pelo rebento sem motivo concreto. (2014, p. 63)

O sistema normativo jurídico tem o propósito de constantemente resguardar o interesse do menor, entretanto cabe ao magistrado definir frente aos fatos qual a melhor modalidade de guarda para cada caso.

3. Da Alienação Parental: análise da Lei 12.318/2010

Ante a imposição de regulação sobre o tema, em 26 de agosto de 2010 foi sancionada a Lei nº 12.318, que trata da alienação parental, importante instrumento para que venha a ser reconhecida a situação grave que prejudica muito crianças e adolescentes que estão sujeitos a serem vitimados.(BRASIL, 2010)

Infelizmente a citada lei trás um equivoco quanto a denominação dada as partes envolvidas, quando se trata do menor que está sendo alienado e do genitor que está sendo prejudicado em razão da campanha alienatória. A criança ou adolescente tem uma noção deturpada da situação, por isso será este considerado alienado e aquele sobre quem se deturpa a realidade será o vitimado.

Deve-se observar que quem está sendo alienado não é o genitor e sim a criança ou adolescente. O genitor está sendo prejudicado pelos atos alienatórios voltados ao menor, nesse caso ao menor cabe ser chamado vitima e não alienado.

Deve-se esclarecer que a alienação parental em regra está associada ao término de uma relação conjugal. A alienação necessariamente não é cometida apenas pelos genitores, podendo ocorrer à participação que qualquer parente que conviva com a vítima da alienação, utilizando a oportunidade para distanciar o menor de seu genitor. Maria Berenice Dias esclarece:

A alienação parental é tida como um descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes do dever de tutela ou guarda. Logo, havendo indícios de sua prática, está prevista a realização de processo autônomo, com tramitação prioritária e a realização de perícia psicológica, cabendo ao juiz determinar medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente. A preservação da convivência com genitor e a aplicação de penalidades ao alienador, como a imposição de multa e alteração da guarda são outros pontos abordados pela proposta de lei. (2012, P. 6)

A alienação parental não se exhibe de uma maneira explícita, simples e de fácil averiguação, pois em alguns casos os fatos alegados podem ser verdadeiros. Muitas vezes o magistrado se esbarra com ocorrências e alegações, que são frutos de alienação ou não.

Segundo Maria Berenice Dias:

O fato é levado ao Poder Judiciário com o objetivo de que as visitas entre filho e o genitor alienado sejam suspensas. Diante da gravidade da situação, o juiz não encontra outra saída senão suspender qualquer contato entre ambos e determinar a realização de estudos psicossociais para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados, durante todo este período, cessa a convivência do pai com o filho. Inúmeras são as sequelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos gerados pelos testes e entrevistas a que a vítima é submetida na busca da identificação da verdade. (2012, P. 2)

Em inúmeras ocasiões o juiz se cruza com essas adversidades, competindo a ele realizar uma análise do caso concreto com o auxílio de uma equipe multidisciplinar, a fim de que sejam produzidas provas. Para Maria Berenice Dias:

Não há outra saída senão buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que se está frente a um caso de alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como instrumento para acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para essa identificação, indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor. (2012, P. 3)

Deve se destacar que a primordial alteração que ocorreu com o surgimento da lei 13.058/2014 foi dar preferência à guarda compartilhada, em relação a unilateral, anteriormente classificada como regra. Uma vez que não ocorresse aceitação, seria adotada a guarda unilateral. Na atualidade a guarda compartilhada é utilizada em todos os casos, somente devendo ser adotada a unilateral em casos onde um dos pais revela que não possui interesse sobre a guarda da criança ou adolescente ou o juiz indicar que um dos genitores é capacitado para desempenhar o poder familiar.

Os magistrados compreendiam que a guarda compartilhada seria atribuída somente se ambos os pais consentissem. Para Cristiano Chaves de Farias (2015), “normalmente os pais discordam da aplicação desse tipo de guarda, por vingança,

nos casos em que há situação beligerante ou, às vezes, por não entenderem o que significa o instituto".

Independente dos pais concordarem ou não com a guarda compartilhada cabe aos juízes, promotores e advogados exercerem seu papel de forma que os interesses da parte mais fragilizada e prejudicada sejam garantidos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REABERTURA DE PRAZO RECURSAL. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. VIABILIDADE DA APRECIÇÃO DO MÉRITO. OITIVA DO INFANTE. DESNECESSIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. INCONVENIÊNCIA, POR ORA. 1. Sendo atacável a decisão proferida em audiência de conciliação por meio de agravo de instrumento, impositivo a reabertura do prazo recursal, uma vez que efetivamente os autos saíram em carga com o Ministério Público um dia após a audiência e, quando do seu retorno, já havia expirado o prazo sem que a parte tivesse meios para extrair as cópias necessárias. Não obstante, tendo em conta o princípio da economia processual, cabível, desde já, a apreciação do mérito da matéria posta, referente à oitiva do infante. 2. Ao que tudo indica, a incapacidade dos genitores em entabular um arranjo salutar de convivência e de guarda diz mais com o estado de animosidade entre ambos do que com qualquer aspecto relativo ao psíquico do filho, sendo que já há estudo que revela que a criança "manifesta entendimento quanto à separação dos pais, não evidenciando conflitos neste aspecto", bem como possui "bom relacionamento e vínculo afetivo com ambos os pais". Nesse contexto, acredita-se que ouvi-la, por meio de procedimento de "depoimento sem dano", em nova avaliação técnica, ao menos por ora, não se mostra oportuno, até mesmo levando-se em conta que ao julgador cabe exercer o seu poder instrutório e eleger as provas pertinentes ao deslinde do feito, devendo se salvaguardar a criança de ambiente de tensão, acirrado em disputas de guarda, e, sobretudo, de conflitos de lealdade que podem surgir quando questionada acerca destes temas. 3. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. Dada a ausência de harmonia entre os genitores e a necessidade de afastar prejuízos ao menino, não cabe determinar a guarda compartilhada, ao menos por ora, até que sobrevenham maiores elementos a indicar a viabilidade deste modelo em prol do mais interessado, o filho. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70068853506, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/08/2016)

É possível observar que mesmo com o passar dos anos, ainda temos magistrados que conservam a postura antecedente, não fixando a guarda compartilhada. Cristiano Chaves de Farias (2011, p. 11), dispõe do seguinte entendimento:

Isso porque, em análise mais abrangente, infere-se que o palco mais iluminado para o exercício conjunto da guarda é, exatamente, o litígio, quando (e o cotidiano nas varas de famílias revela tal conclusão como inexorável) o genitor que detém a guarda utiliza o filho como um verdadeiro

instrumento de chantagem, dificultando, de diferentes modos, o contato entre o pai-não guardião e o menor.

Conforme disposto no artigo 1.583, §2º do Código Civil:

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. (BRASIL, 2019)

Portanto, inclinam-se as decisões a obediência da lei e dos princípios básicos do Direito de Família, oferecendo bem-estar às crianças e aos adolescentes que encaram o término da relação conjugal de seus genitores.

3.1. Da possibilidade de vínculo indireto com violência familiar

Violência doméstica é aquela cometida por pessoas que convivem no ambiente familiar, podendo ser dividida entre física, psicológica, patrimonial, moral e sexual. Qualquer forma de violência doméstica é condenável, sendo a violência doméstica infantil o caso mais repugnante, as crianças são frágeis possuem poucas formas de se defender da prática de violência.

Esse comportamento é maximamente grave e recebe, na maior parte das vezes, uma resposta rápida, qual seja a suspensão do convívio entre a vítima e o agressor/alienante. Neste ponto, veja o que diz a jurisprudência a seguir:

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE VISITAS ASSISTIDAS. PROVIDÊNCIA LIMINAR. 1. Como decorrência do poder familiar, tem o pai não guardião o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação e mantendo com ela um vínculo afetivo saudável. 2. Não havendo bom relacionamento entre os genitores e havendo acusações de abuso sexual do pai em relação à filha mais velha e de alienação parental pela mãe, e havendo mera suspeita ainda não confirmada de tais fatos, mostra-se adequada a suspensão do direito de visitação do pai em relação à filha supostamente vítima do abuso e a visita assistida à outra filha. 3. Os fatos, porém, reclamam cautela e, mais do que o direito dos genitores, há que se preservar o direito e os interesses das menores. 4. Considerando a gravidade dos fatos narrados, tanto as menores como os genitores deverão ser submetidos, com a maior brevidade, à avaliação psicológica, por perito nomeado pelo juízo a quo. Recurso desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70062944251, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015).

A alienação parental se trata de um grave maltrato infantil, sendo encarada como violência doméstica, visto que representa violação do direito de convivência com ambos os pais de maneira saudável, pois a criança não deve ser forçada a preferir um dos pais.

Quando os genitores esgotam os meios para desprezar a figura do outro, buscando a aniquilação do vínculo afetivo para com o filho, alguns utilizam um meio ainda mais perverso, comunicam uma falsa denúncia de violência familiar.

Sofrendo com essa injustiça, tem o convívio com o seu filho suspenso, permanecendo apenas o alienador com o poder sobre a criança ou adolescente, passando a existir a chance da perda do poder familiar, deste modo, eliminando o outro genitor do convívio com o seu filho.

A alienação parental pode ser realizada por qualquer membro da família, e existem diversas formas de se praticar, sendo assim, o magistrado, identificando a suspeita de sua ocorrência, tem o dever de apurar com rigor e tomar as atitudes indispensáveis à proteção da criança e do adolescente.

3.2. Guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental

O direito de família é o campo do direito mais presente na sociedade, pelo fato de que todos os cidadãos fazem, ou farão parte durante a vida, de um relacionamento familiar. Várias relações conjugais se encerram de forma litigiosa, ocasionando danos à relação entre pais e filhos. De acordo com Maria Berenice Dias (2012):

Grande parte das separações produz efeitos traumáticos que vem acompanhado dos sentimentos de abandono, rejeição e traição, os casais numa disputa pessoal desencadeada por inúmeras justificativas, acabam penalizando seus filhos cruelmente por suas imaturidades, quando estes não sabem separar a morte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos filhos ao tipo de relação que eles, pais conseguirão estabelecer entre si, após o fim do relacionamento marital. Os menores são os que mais sofrem com a separação, sendo muitas vezes privado da relação de um dos cônjuges, frente ao que detém a guarda, configurando assim, a alienação parental.

Nesse contexto, surge a guarda compartilhada como forma de amenizar os conflitos decorrentes da prática de alienação parental. A guarda compartilhada inserida no âmbito do Direito de Família consistira em uma forma preventiva, minimizadora e transformadora de conflitos advindos da prática de alienação parental.

Pode-se imaginar que a utilização da guarda compartilhada pelo juiz quando não há concordância entre os pais tende ao fracasso. Porém, quando analisada de outro ponto, se houvesse acordo entre os pais, não existiria a necessidade da busca de solução judicial, por intermédio de uma ação para fixação de guarda. Deste modo, se buscam o poder Judiciário, é justamente por não terem alcançado a solução do litígio no âmbito extrajudicial. Nos dizeres de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2015) cabe ao juiz aplicar a guarda compartilhada, sempre em busca do melhor interesse da criança.

Sabendo que atualmente é enorme a quantidade de pessoas em processo de separação judicial, ou, já separados, a criança ou adolescente fica alheio às prioridades dos pais e na maioria das vezes são tratados como objetos no litígio por parte do genitor/genitora que não aceita o fim da relação conjugal.

A Lei n.º 13.058/14 incentiva a convivência de maneira harmonizada da família em processo de separação, visto que, a proposta principal da legislação é acabar com o afastamento entre os pais e seus filhos provocado pelo fim do relacionamento, tornando a guarda compartilhada regra, e não exceção. (BRASIL, 2014)

Em geral, no ordenamento jurídico é utilizada a guarda unilateral, onde um dos genitores atua como guardião, em regra a mãe, sendo que o pai fica com direito de visitas em datas fixadas em comum acordo. São nesses momentos que se tem uma maior probabilidade da ocorrência de alienação parental, pois, não existe uma convivência igualitária dos pais com seus filhos.

Com a convivência em vez de visita, com certeza será evitada a mazela da síndrome da alienação parental, principalmente na guarda unilateral, pois o genitor não guardião, em vez de ser limitado a certos dias, horários ou situações, possuirá livre acesso ou, no mínimo, maior contato com a prole. A própria mudança da nomenclatura produz um substrato moral de maior legitimação que era aquele de visitante. O não guardião passa a ser convivente com o filho (FREITAS, 2014, p. 96).

Entretanto, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em concordância com a atual doutrina, reiterou a necessidade do compartilhamento da guarda, essencialmente nos casos em que ocorra litígio.

Desta forma, a guarda compartilhada, seria uma alternativa para solucionar o problema da alienação parental, considerando-se que os pais são possuidores do poder familiar e para que a criança possa viver de forma saudável, existe a

necessidade de um contato frequente entre os pais, tornando assim eficaz o compartilhamento da guarda. Existe certo descrédito em relação à guarda compartilhada, é frequente a alegação de problemas quanto à adaptação a sua convivência, passando por experiências que podem ser diferentes.

Diferente do pensamento de muitos a guarda compartilhada não significa incluir a criança ou adolescente em dois mundos distintos, mas sim retirar a mesma dos problemas oriundos do término da relação conjugal. Uma vez que com a guarda compartilhada a alienação parental fica difícil de ocorrer, ocasião que a convivência da criança ou adolescente com ambos os pais ocorrerá de forma igualitária, sendo assim, criará um vínculo afetivo difícil de ser alterado por meio da alienação parental.

CONCLUSÃO

Buscou-se realizar uma análise do Direito de Família, mais precisamente sobre o instituto da guarda compartilhada como forma de se evitar a alienação parental. Pretendeu-se, exibir que a guarda compartilhada atende ao melhor interesse da criança, permitindo a convivência com ambos os pais, assim evitando que possa ser instalada a síndrome da alienação parental.

Averiguou-se que apesar da exigência de utilização do compartilhamento da guarda, até em casos de separação conturbada, essa regra na maioria dos casos não vem sendo seguida pelos magistrados, que seguem utilizando a guarda unilateral, não observando o melhor para a parte mais frágil da relação, ou seja, a criança ou o adolescente.

Isto posto, o foco principal do presente trabalho foi analisar o instituto da guarda compartilhada, sob o ponto de vista de ser um meio utilizado para evitar a alienação parental, protegendo os interesses da criança e do adolescente.

No estudo realizado, verificou-se que a aplicação da guarda compartilhada é a decisão correta a ser tomada, na maioria dos casos, visto que preserva os interesses dos filhos. Deve se ter em mente que os interesses deles devem estar acima daqueles dos genitores. Haja vista que à separação do casal, na maioria das vezes é conturbada e dolorida, pode e/ou deve, observando a norma legal simultaneamente com o caso concreto, decidir de forma a diminuir o sofrimento daqueles que são indefesos e que merecem toda a proteção, estatal e familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Ed. Administrativa do Senado, 2015.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei da Alienação Parental (2010)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei da Guarda Compartilhada (2014)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 132**. Relator: Luiz Fux, julgado em 13/10/2011. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2987495&tipoApp=RTF>> Acesso em 30 de maio de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental e suas consequências**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_500\)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_500)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf)>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 10 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo:Revista do Tribunais, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6. Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREIRE, Paulo. **Em defesa da convivência familiar e comunitária**. 3. ed. São Paulo: Ática, 2004.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental**: comentários à lei 12.318/2010. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional** - 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família** (vol. 6). 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores-2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTADO DO GOIÁS. **Tribunal de Justiça. Apelação (CPC): 00274724420148090006**, Relator: NELMA BRANCO FERREIRA PERILO, Data de Julgamento: 26/02/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 26/02/2019. Disponível em: < <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712681503/apelacao-cpc-274724420148090006?ref=serp> > Acesso em 3 de outubro de 2019

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70068853506**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/08/2016. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70068853506&ano=2016&codigo=1401378 > Acesso em 30 de maio de 2019.

_____. **Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. 70062944251**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 25/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 setembro de 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALDYR FILHO, Grisard. ***Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental***. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.