

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

FABIANA APARECIDA DE JESUS

GUARDA COMPARTILHADA: MEIO DE PREVENÇÃO A ALIENAÇÃO PARENTAL

CARANGOLA

2018

FABIANA APARECIDA DE JESUS

INSTITUTO ENSINAR BRASIL

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

GUARDA COMPARTILHADA: MEIO DE PREVENÇÃO A ALIENAÇÃO PARENTAL

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Carangola,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Área de Concentração: Direito Civil.

**Orientadora: Prof.^a Ester Soares de
Souza Sanches.**

CARANGOLA

2018

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: GUARDA COMPARTILHADA: MEIO DE PREVENÇÃO A ALIENAÇÃO PARENTAL, elaborado pela aluna FABIANA APARECIDA DE JESUS foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO**.

Carangola, _____ de _____ de _____.

Prof.^a Orientadora: Ester Soares de Souza Sanches

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

AGRADECIMENTO

Cinco anos se passaram, conhecimentos foram adquiridos e desafios foram superados, mas sozinha seria impossível contabilizar mais essa vitória em minha vida.

Hoje agradeço primeiramente a Deus por ter me dado força e coragem para chegar até aqui.

A professora e orientadora, Ester Soares S. Sanches, pelo encorajamento e sabedoria transmitida na realização desta monografia e também pelo ensinamento transmitido dentro e fora da sala de aula.

Agradeço aos Funcionários da Rede de Ensino Doctum, ao Sr. Madruga e a Marisa, por deixarem os nossos ambientes de aula sempre limpinhos e cheirosos, a Tia Andreia por matar a minha fome (mesmo quando não tinha dinheiro), as meninas da secretaria que sempre me atenderam com carinho e dedicação, o gringo que sempre me salvava quando eu esquecia de tirar a cópia de algum trabalho, não posso me esquecer dos meus amigos Juventino e Raquel, sempre me atendendo e ouvindo minhas lamentações.

Também agradeço especialmente ao meu Namorado, que com muito carinho, mesmo em pouco tempo, me deu apoio para chegar até aqui.

Agradeço a todos que contribuíram que direta como indiretamente para a realização desse sonho. Aos meus preciosos pais que acompanharam cada dia dessa trajetória, aos professores e colegas do curso de Direito pelos ensinamentos e amizades.

RESUMO: O presente trabalho trata do tema guarda compartilhada como uma possível solução para a alienação parental. Apresenta os principais aspectos teóricos que envolvem esse problema, pretendendo achar uma melhor solução para a convivência de ambos os genitores, de forma equilibrada, com os seus filhos, tendo o dever de cuidado e proteção. Analisando os diversos modelos de guarda, especialmente a guarda compartilhada, é traçada a diferença entre alienação parental e Síndrome da Alienação Parental, apontando ocorrências e esclarecendo que mesmo após o fim do vínculo conjugal os pais continuam tendo os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos. Analisa-se também a Lei da Guarda compartilhada e como os tribunais estão aplicando em casos de separação onde há o litígio entre os pais sendo, portando, uma forma de prevenção ou até mesmo solução para a alienação parental. O trabalho foi dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro, a introdução e o segundo, uma abordagem sobre a evolução da família até os tempos de hoje, a evolução do poder familiar, o divórcio como a dissolução da vida conjugal e não da vida afetiva com os filhos; no terceiro, busca-se esclarecer o que é alienação parental, e os prejuízos que ela pode causar à prole, bem como a diferença entre alienação parental e a síndrome da alienação, e no quarto e último capítulo, mostra-se a importância de conceder a guarda compartilhada, mesmo não havendo consenso entre os pais, mas visando buscar o equilíbrio na convivência dos filhos com os pais e preservar o melhor interesse do filho. Para tanto utilizou-se a metodologia hermenêutica feita uma análise em fontes como internet e pesquisas bibliográficas, já que o objetivo é entender a guarda compartilhada e a alienação parental.

PALAVRAS CHAVE: Guarda Compartilhada; Poder Familiar; Alienação Parental; Viabilidade; Divorcio.

ABSTRACT: The present work aims to treat the shared custody theme as a possible solution to the alienation of the relative. It intends to present main theoretical aspects that involve this problem. Seeking to find a better solution for the coexistence of both parents in a balanced way, with their children, having the duty to care, protect and create. Analyzing the various guard models, especially the shared guard. In this way, we analyzed the difference between parental alienation of the Parental Alienation Syndrome, pointing out cases in occurrences, and clarifying that even after the end of the marriage bond, parents continue to have the same rights and duties in relation to their children. It also analyzes the Shared Guard Law and how the courts are applying in cases of separation where the litigation between parents, carrying a form of prevention or even solution to parental alienation. The work was divided into four chapters, the first being the introduction and the second, addressing the evolution of the family until today, the evolution of family power, divorce as the dissolution of conjugal life and not the affective life with the children, in the third, clarifying what is parental alienation, and the harm it can cause the offspring, as well as the difference between parental alienation and the alienation syndrome, and in the fourth and last chapter the importance of granting shared custody, even if there is no consensus between parents, but aiming to seek balance in the coexistence of children with parents and preserve the best interest of the child. In order to do so, the hermeneutic methodology was used to analyze sources such as internet and bibliographical research, since the objective is to understand shared custody and parental alienation.

KEYWORDS: Shared Guard; Family Power; Parental Alienation; Viability; Divorce.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE	9
2.1 Divórcio como uma dissolução conjugal, mas não afetiva	10
2.2 Poder familiar e guarda.....	11
2.2.1 Modalidades de guarda	13
2.2.2 Extinção, suspensão perda do poder familiar	16
3 ALIENAÇÃO PARENTAL.....	19
3.1 Motivos que levam à alienação parental	20
3.2 Análise da Lei nº 12.318/2010- Lei da Alienação Parental.....	21
3.3 Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental	25
3.4 Dano moral em caso de alienação parental	28
4 GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO PREVENTIVO E INIBIDOR À ALIENAÇÃO PARENTAL.....	32
4.1 Considerações sobre a Lei da Guarda Compartilhada (Lei de n. 13.058/2014)	37
4.2 Princípios norteadores	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

No que se refere ao Direito de Família, os tribunais, demasiadamente, facejam acerca do assunto guarda de filhos. Isso se deve ao fato de que, com o fim da vida conjugal, esse se torna um dos causadores de conflito entre o casal, ou seja, com a ruptura dos laços conjugais um dos genitores passa a se sentir abandonado(a), fazendo com que venha a nutrir um sentimento de ódio, e de vingança. Com isso, começa a denegrir a imagem do outro genitor perante o menor, levando, muitas vezes, a desenvolver neste a Síndrome da Alienação Parental.

Quando se finda o vínculo conjugal de forma amigável, não há de se falar em Alienação Parental, mas, quando o término da relação se dá de forma litigiosa, em função da dificuldade de acordo entre os pais sobre a guarda dos filhos, cabe ao magistrado determinar quem será o detentor da guarda.

Levando em conta que, na atualidade, conta-se com um elevado número de divórcios, os quais, em sua grande maioria, são conduzidos de forma litigiosa, reveste-se este estudo de suma importância. Os conflitos advindos desta dissolução conjugal conflituosa abalam a família e, de forma reflexa, a sociedade. Disto resulta demandas judiciais visando solução para o embate entre os pais sobre a guarda dos filhos. Portanto, o tema reveste-se de relevância jurídica, social e também acadêmica devida ao fato de oportunizar maior conhecimento do assunto pela comunidade acadêmica.

Tem sido notória a adoção da Guarda Compartilhada pelos tribunais pátrios mesmo em situações em que ocorre o divórcio de forma litigiosa, entretanto indaga-se se a adoção deste tipo para os genitores que estão em litígio seria uma forma eficaz para evitar os casos de Alienação Parental. Na busca de tal comprovação, pretende-se fazer uma análise sobre os institutos da Guarda e da Alienação Parental, buscando compreender melhor as vantagens e desvantagens na adoção da Guarda Compartilhada considerando o melhor interesse do menor. Almeja-se ainda demonstrar os possíveis benefícios deste tipo de guarda para ambos os genitores que poderão compartilhar os mesmos deveres e direitos em relação à sua prole, permitindo viverem de forma amigável, mesmo depois do rompimento da vida conjugal.

A pesquisa foi desenvolvida adotando o método descritivo ao expor sobre o conteúdo que envolve a temática e também hermenêutico, possibilitando ao leitor, mergulhar em uma análise filosófica aplicada as ciências humanas. Procurando interpretar as teorias e os processos envolvidos, buscou-se, através de fontes como pesquisa na *internet* e pesquisa bibliográfica entender a Guarda Compartilhada e a Alienação Parental.

Atendendo a esses objetivos, no primeiro capítulo deste estudo é apresentada a evolução da família patriarcal até chegar à família contemporânea, abordando o poder familiar que antes era denominado como Poder Patriarcal, onde somente o homem tinha posse da família e a mulher era submissa às suas vontades, bem como o divórcio, o vínculo afetivo entre os filhos, espécies de guarda, e os motivos de suspensão e destituição do poder familiar

No capítulo subsequente, analisa-se a Alienação Parental, explicando cada momento vivido, e quais são os envolvidos, vítima, alienado, e alienador, esclarecendo que a vítima é a criança/adolescente que sofre alienação, sendo esse o mais afetado. Ademais, demonstra-se a diferença entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental. Também são considerados os danos causados na vítima, exemplificando com julgados e jurisprudências, verificando ser cabível o dano moral. Procede-se ainda a uma breve análise na Lei de nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental).

No último, capítulo o foco é a discussão da Guarda Compartilhada, utilizada como um meio preventivo e inibidor da prática de alienação, pois estará dando aos genitores a oportunidade de uma maior convivência com a sua prole. É dada uma ênfase na Lei de nº 13.058/2014, e comprovando que após a sua entrada em vigor os magistrados passaram aplicar a guarda compartilhada mesmo em casos de litígios.

2 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE

Quando falamos em família, logo pensamos em uma família tradicional aquela formada de pai, mãe e filhos. Podemos afirmar que com as mudanças tecnológicas depois do século XX, esse conceito sofreu algumas mudanças, e hoje nos deparamos com vários modelos familiares. Na era patriarcal a família era baseada através de um vínculo solidário, não existindo entre seus membros o sentimento e por este vínculo solidário eram ligados todos os descendentes de um mesmo ancestral. Sendo assim o sentimento mais forte que existia naquela época era os bens familiares, a linhagem dos nomes.

Nessa época a maior preocupação era apenas com o próprio interesse e as famílias funcionavam como um verdadeiro clã, sendo um modelo familiar voltado para o isolamento social, não existia privacidade ou intimidade devido ao grande número de pessoas que viviam na casa.

Com o passar dos anos, ocorre um processo de transformação criando uma nova sociedade mais preocupada com o crescimento das cidades, e valorizando a mulher que ganha um papel de destaque nessa nova sociedade. Os casamentos que antes eram arranjados pelos pais, passam a ser de livre escolha, introduzindo então uma nova versão conjugal à família moderna. Buscava-se separar o público do privado protegendo a privacidade da família e seus integrantes. Pode-se dizer que esse processo de transformação não aconteceu de forma linear, pois pode ser verificado que, ainda na sociedade contemporânea, existem esses dois tipos de família.

Contudo, a mudança adveio devido ao progresso da indústria; a mulher contemporânea assumiu uma nova postura na sociedade, com novas possibilidades, autonomia, e novas responsabilidades dentro da sociedade, trazendo para ela um compromisso ainda maior, o que acabou transformando os laços familiares, apresentando importantes mudanças nas famílias.

Conforme as modificações na sociedade foram surgindo, a família nuclear foi aos poucos deixando de ser dominante, podendo hoje ser encontrada múltiplos modelos familiares na sociedade.

Segundo o art. 226 da Constituição Federal (CF/88), existem três modelos de família: Família Matrimonial, aquela que é formada com base no casamento civil pelos

cônjuges, incluindo a prole. A Família Convencional, a que é constituída fora do casamento pela união estável, caracterizada pela união informal pública. A Família Monoparental, que seria a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, natural ou sócio afetivo.

Entende-se então que família é o conjunto de pessoas que se relacionam entre si, podendo apresentar diversos modelos, residindo em um mesmo lar, tendo o direito de pertencer a algum tipo familiar sem distinção.

2.1 Divórcio como uma dissolução conjugal, mas não afetiva

O casamento pretende ser uma união duradoura e feliz entre os cônjuges, mas após um grande período de desgaste, brigas, desavenças e incompatibilidade, o casal resolve pôr um fim ao casamento. Ao tomarem tal decisão, certamente amor e afeto não existem mais, existindo apenas um documento assinado no cartório. Dessa forma a experiência do divórcio na vida de um casal, afetará com toda certeza a relação com os filhos.

Entende-se que o divórcio é a separação ou dissolução do casamento deixando os sujeitos livres e descompromissados do matrimônio assumido. Segundo Maria Helena Diniz “divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial, que mediante sentença judicial, habilitando assim as pessoas a buscarem novas núpcias” (DINIZ, 2009, p. 330).

Diante disso, uma das implicações mais delicadas do divórcio é a que diz respeito aos cuidados, responsabilidade e guarda dos filhos menores, fruto desse relacionamento. Na cabeça dos pais surge a temida pergunta: houve a dissolução conjugal, mas, e a ligação afetiva que tenho com meus filhos?

Maria Berenice Dias, explana que, o rompimento da vida conjugal dos genitores não deve interferir ou comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada deve ser afetado pela separação. Mas nem sempre essa condição corresponde aquilo que usualmente é praticado pelas famílias estão nesse processo de separação (DIAS, 2009, p.392).

Em diversos casos é possível verificar que os casais que se divorciam tornam esse processo um verdadeiro duelo, mobilizado pelo desejo de poder e pela vingança. Com o intuito de priorizar o afeto e a convivência familiar, o legislador criou a Lei da Guarda Compartilhada, tema esse que será abordado afundo mais à frente.

A determinação da guarda dos filhos tem como preocupação assegurar o melhor interesse do menor, cabendo aos pais visarem também esse objetivo. Toda criança, independentemente de qualquer coisa, tem o direito ao convívio e contato com ambos os pais. Quando tal direito é negado por parte de um dos genitores, há um desrespeito aos direitos da criança, podendo se configurar como um início de Alienação Parental.

Quando há a dissolução da vida conjugal, os elos matrimoniais se rompem, mas, o vínculo de parentesco constituído com os filhos não se desfaz. Pelo contrário, a manifestação da relação entre eles é estimulada por razões afetivas. Dentro dos direitos e deveres determinados aos genitores descobrem-se regras destinados a prestigiar o vínculo afetivo entre todos.

No entanto, nem toda separação conjugal desperta dificuldades ou sentimentos negativos, ela também pode reverberar no fortalecimento dos laços afetivos entre pais e filhos. Diante de uma relação alicerçada por um vínculo já existente entre pai e filhos, o fato de não morarem juntos pode contribuir para melhorar a qualidade de vidas da relação entre ambos.

2.2 Poder familiar e guarda

Na família patriarcal o homem era considerado chefe. Exercia dentro da família uma relação hierarquizada, denominada de pátrio poder ou pátria potestas; em outras palavras, o homem estava acima da mulher.

A terminologia “pátrio poder” foi ultrapassada, pois a proteção dos filhos e a responsabilidade dos pais é um binômio que envolve a proteção da prole. Tal regulamentação está prevista no art.1630, do CC/02, que dispõe: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

Para Flávio Tartuce:

O poder familiar é uma decorrência do vínculo jurídico de filiação constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. (TARTUCE, 2016,p. 1408)

Então, desde o movimento feminista e com a emancipação da mulher, a expressão “pátrio poder”, foi substituída por poder familiar. Nessa linha de raciocínio justifica-se na expressão que o termo autoridade se coaduna com o princípio do melhor interesse dos filhos.

Entretanto, tal expressão foi criticada por diversos autores, entre eles afirma Silvio Rodrigues (2014, p.355) que “pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra pátrio, do que incluir o seu conteúdo que, antes de um poder, representa a obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere”.

Para Cesar Fiuza(2009,p.991), o poder familiar é “o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercido pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições”.

Permanecendo o poder familiar consoante o fim do relacionamento, mesmo havendo desavença entre os genitores, não haverá ruptura dos direitos parentais. Eventualmente, essa regra se aplica em casos de família homo afetiva onde o poder pode ser exercido por dois homens ou por duas mulheres, sem qualquer ressalva no tratamento da matéria.

O Código Civil em seu art.1.630, aponta que os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto forem menores de idade, ou não alcançando a maioridade civil, por meio de outras formas do art. 5º, parágrafo único, e seus incisos. Tal poder será exercido pelo pai e pela mãe ou mesmo seus titulares, nas mesma condições e importância, observando sempre o princípio da igualdade. Norteia o artigo 21 da Lei de n. 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o poder parental deve ser exercido igualmente por seus genitores, porém, é assegurado o direito de que no caso de discordância, recorre-se à autoridade judiciária.

De acordo com o artigo 1634 do Código Civil, a guarda compartilhada, será concedida aos pais que embora separados, mantenham uma harmonia e consigam

decidir juntos sobre o desenvolvimento do menor, exercendo, simultaneamente, os requisitos do poder familiar.

Art.1634. 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.1584;

III – conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para casarem;

IV – conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para viajarem ao exterior;

V- conceder-lhe ou negar-lhe consentimentos para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI – nomear- lhe tutor por testamento ou documento autentico, se o outro dos pais não lhe sobre viver, ou o sobrevivivo não puder exercer o poder familiar;

VII – representá-los judicial e extrajudicialmente ate os 16 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 condições.(BRASIL, 2002)

São também características do poder familiar, a indisponibilidade, que garante ao filho o recebimento de assistência, indivisibilidade, não no seu exercício, a imprescritibilidade, que não se extingue pelo seu não uso e a obrigatoriedade, não podendo os pais deixar de exercer.

2.2.1 Modalidades de guarda

A palavra Guarda tem como sua origem no francês antigo “*garde*”, que tem como significado tomar conta, vigiar. Conforme descreve o Dicionário Brasileiro Aurélio, guarda é o ato ou efeito de guardar, cuidado, vigilância a respeito de algumas coisas ou pessoas (FERREIRA, 2010).

Nesse sentido conceitua Paulo Conrado Rosa, explicando o termo da palavra guarda:

(...) o termo “guarda”, entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo das obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante.

Essa situação de guarda da coisa fica bem evidente quando dela tratamos no direito obrigacional. Entretanto, quando se trata de definir a “guarda” de filhos no âmbito do direito de família, surgem dificuldades significativas, já que aqui, por óbvio, a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstância que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e cuidar. (ROSA, 2015,p.47)

No Direito de Família, esse conceito vem sendo utilizado, para determinar que o guardião deverá cuidar da supremacia dos interesses da sua prole. Não se pode apenas ater aos direitos e deveres dos pais, mas sobretudo, não devendo estar unido exclusivamente à obrigação de assistência material e educacional, conforme disposto nos arts.4º,16 e 33 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e art. 227 da CF/88, demonstrando a importância que o aludido diploma confere ao convívio dos infantes com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.285) o modelo da guarda compartilhada passou a ser utilizada aos poucos nas Varas de Famílias, baseando-se na cooperação mútua entre os separados e divorciados, visando um acordo pragmático e realístico, buscando o comprometimento de ambos os pais no cuidado com os filhos havidos em comum, para encontrar juntos uma solução que irá beneficiar a criação da prole. Esse sistema é utilizado nos Estados Unidos da América do Norte como o nome de *JOINT CUSTODY*.

Maria Helena Diniz(2012, p.267) afirma que a filiação é a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe proporcionam a vida, mas também pode decorrer de uma relação sócio afetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou daqueles advindos de inseminações artificiais.

Dentre o modelo de guarda, tem-se os tipos em destaque para a guarda compartilhada que é uma modalidade que teve sua previsão expressa na legislação nacional a partir de 2014 na Lei nº13.058/2014. Por este estatuto, com a dissolução do casamento ou da união estável, a criança reside com um dos pais, e o outro genitor

mantém o exercício de todos os direitos e deveres, ela é o contraponto da guarda unilateral, respeitando o bem-estar emocional dos filhos.

O artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, com redação dada pela Lei, nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, estabelece que na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, tendo em vista sempre as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Para Grisard Filho:

(...) o desejo de ambos os pais de compartilharem a criação e a educação dos filhos e o desse de manterem adequada comunicação com ambos os pais, de forma contínua e simultânea, motivou o surgimento deste novo modelo de guarda e responsabilidade parental. (GRISARD FILHO, 2005,p.30)

Também, para o mesmo autor, “Na guarda compartilhada o filho terá dois lares, circulando livremente, e seu domicílio necessário será o do genitor com quem convive, lugar em que habitualmente exerce seus direitos e deveres” (GRISARD FILHO,2018, p.07).

O Código Civil de 2002, estabelece duas modalidades de guarda, consoante o artigo 1.583, que será a guarda unilateral ou a compartilhada.

A guarda unilateral, podendo ser chamada de exclusiva ou não dividida, é a tradicional do ordenamento brasileiro. Esta guarda é atribuída a somente um dos genitores ou a terceiros; quanto ao outro, este tem o direito de visitas regulamentadas e obrigações de prestação de alimentos.

Assim preceitua Carlos Roberto Gonçalves: “Estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem só não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado abandono moral”(GONÇALVES, 2016,p.281). A guarda unilateral poderá ser determinada com o acordo ou com o litígio, sendo que no último caso, caberá ao juiz decidir conforme melhores condições para a criança e para o adolescente.

2.2.2 Extinção, suspensão perda do poder familiar

O poder familiar é um dever recíproco onde os interesses do menor devem ser respeitados. Não havendo esse respeito e tendo um desacato pelo guardião, o Estado tem o direito de intervir, podendo suspender e até mesmo excluir o poder familiar.

A suspensão e a destituição são sanções aplicadas aos genitores que deixam de cumprir com seus deveres inerentes a família, sendo estes o de fornecer aos filhos uma boa educação e criação, representá-los até os dezesseis anos e assisti-los até os dezoito, tê-los em sua guarda e companhia, conforme estabelece o artigo 1634 do Código Civil.

O poder familiar pode ser extinto pela morte dos pais ou dos filhos, havendo a morte do titular da guarda. Extinção nada mais é que a interrupção definitiva do poder familiar, as hipóteses são exclusivas, como por exemplo a morte dos pais ou dos filhos, emancipação do filho, maioridade do filho, da adoção do filho, por terceiros e a perda em virtude de decisão judicial.

Conforme discorre o artigo 1.635 do Código Civil, são as seguintes hipótese de extinção do poder familiar:

Art. 1635. Extingue-se o poder familiar

I- Pela morte dos pais ou filhos;

II- Pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único.

III- Pela maioridade

IV- Pela adoção

V- Por decisão judicial, na forma do artigo 1638(BRASIL, 2002)

Não será o poder familiar permanente, visto que pode ser extinto, suspenso ou, até mesmo destituído a qualquer tempo. Sendo inadmissível o abuso de autoridade pelos pais ou descumprimento de suas obrigações, permite-se a algum parente a abertura para requerer ao juiz que suspenda o poder familiar, para assim poder garantir o interesse do menor, como preceitua os artigos 1.637 e 1.638 do código civil de 2002.

Ensina Flávio Tartuce (2015, p. 439), os referidos deveres legais são limitativos e podem incorrer em responsabilidade civil, por abuso de direito pelo sistema de cláusula geral prevista no art.186 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A suspensão do poder familiar, ocorre quando existe algum risco eminente na criação e a educação da prole, pelos pais. Em defesa dos menores, o Estado interfere nas famílias tirando o menor da guarda dos pais e atribuindo a terceiros.

Consoante o artigo 1637, do Código Civil, cabe a suspensão do exercício do poder familiar nas seguintes hipóteses:

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

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002).

Tais medidas constituem sanções aplicadas aos pais em razão das infrações cometidas por eles, tal conduta poderá ser cancelada se não existir inconveniência no retorno do menor para a custódia de seus pais, sendo então temporária.

Ao contrário da suspensão, a destituição não é facultativa, e sim uma medida imperativa na qual abrange todos os filhos, diferente da suspensão. A destituição é a medida mais grave a ser tomada pelo judiciário, conforme o artigo 1638 do Código Civil:

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

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

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

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

No caso do inciso I, os pais perdem o poder familiar por decisão judicial, por castigar de forma excessiva os filhos, ou seja, não ponderando a maneira que deve ser aplicado o castigo. Em se tratando do inciso II, esse abandono não diz respeito somente a deixar de prestar assistência material da criança, mas também a intelectual e psicológica. E por fim os pais não podem praticar atos ilícitos, pois serão atos considerados contrários à moral e aos bons costumes.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL

Alienação Parental, expressão utilizada pelo médico e professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia nos Estados Unidos, Dr. Richard Gardner (GARDNER, 2003, *apud* SOUZA, 2014, p. 104). Gardner, constatou que a alienação é um distúrbio causado exclusivamente pelas disputas de custódia da criança.

Sobre esse tema, escreve Juliana Rodrigues Souza:

(...) a expressão síndrome da alienação parental, também conhecida em inglês como *Parental Alienation Syndrome-PAS* foi definida em meados dos anos oitenta, pelo psiquiatra norte-americano Richard Alan Gardner, considerado um dos maiores especialistas do mundo no assunto separação e divórcio. Gardner observou que, na disputa judicial, os genitores procuravam, de forma incessante, afastar os filhos do ex-cônjuge, fazendo uma verdadeira lavagem cerebral na mente das crianças (SOUZA, 2014, p.104).

A disputa pela guarda da criança pode desencadear diversos sentimentos, os quais podem vir a determinar o fenômeno da Alienação Parental, trazendo consequências muitas vezes irreversível para a criança.

A maternidade e a paternidade são duas funções de extrema importância e responsabilidade das quais derivam-se direitos e deveres. Considerando o direito de ter os filhos a companhia dos seus pais, quando há o afastamento dos filhos por culpa de um dos genitores, tal ato poderá ser configurado como a Alienação parental.

A Alienação Parental pode ser compreendida como a repulsa que o filho desenvolve por um genitor, por estar sendo influenciado pelo outro genitor. Ou seja, o genitor detentor da guarda, aproveitando da inocência do filho, tenta manipular os sentimentos, criando falsas verdades, colocando obstáculos entre a relação com o outro genitor, impedindo assim que o mesmo não exerça seu papel e assuma suas responsabilidades.

As consequências desse abuso emocional, são devastadoras para o psiquismo infantil, podendo desencadear nas crianças e nos adolescentes, doenças como depressão, ansiedade, nervosismo, instabilidade emocional entre outras manifestações.

Marcos Duarte (DUARTE, 2009, online) leciona que a alienação parental deve ser compreendida como uma patologia jurídica, caracterizada pelo uso abusivo do direito de guarda, que tem como vítima o próprio filho, que vive em contradições de sentimentos podendo chegar até o rompimento do vínculo de afeto com o genitor não guardião.

Ao confundir os sentimentos e a percepção dos filhos, o alienador busca de todas as formas persuadir, os filhos a acreditarem em suas falsas verdades, conseguindo pressioná-los e fazer com que se sintam amedrontados.

Afirma-se, ainda, que, muitas das vezes, o impedimento da convivência com os filhos é suscitado pelo guardião que coloca a projeção de toda a sua revolta relacionada ao casamento desfeito. Para melhor entendimento no próximo tópico será analisado os motivos que levam a alienação parental, a fim de esclarecer tal comportamento.

3.1 Motivos que levam à alienação parental

A alienação parental é a campanha de desmoralização feita por um genitor em relação ao outro, geralmente tal ato é praticado pela mulher ou por parentes próximos. Nesses casos, o alienado utiliza-se de verdadeiras técnicas de tortura psicológica nos filhos, fazendo que o mesmo passe a odiar e desprezar o outro genitor.

A prática começa após o término do relacionamento com o divórcio, o sentimento de raiva, renúncia, e abandono é alimentado pelo sentimento de vingança, com isso o cônjuge passa a usar o seu próprio filho como ferramenta de punição com o outro genitor. No entanto, o alienado usa de todos os meios para conseguir atingir o seu objetivo que é o de destruir o laço de afeto existente na relação entre pais e filho.

Bastos expõe que:

(...) quem não consegue elaborar adequadamente o luto da separação geralmente desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Se quem assim se sente fica com a guarda dos filhos, ao ver o interesse do outro em preservar a convivência com a prole, quer se vingar e tudo faz para separá-los. Cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo, ou a impedir, a visitação. Os filhos são levados a

rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumento da agressividade direcionada ao parceiro (BASTOS, 2008, p. 145).

Fica evidente que o alienador quer afastar o menor da realidade em que vive, criando, falsas verdades em relação ao outro genitor. Contudo, o alienador não tem consciência do mal que está fazendo ao seu filho, não compreende que está destruindo o alienado, que é seu filho.

Por fim o alienado também é uma vítima do alienador, pois, ao começa a perder o convívio com o outro genitor, sofrendo com o rompimento dos laços afetivos. O genitor detentor da guarda começa a dificultar as visitas, fazendo com que a criança se afaste ainda mais.

3.2 Análise da Lei nº 12.318/2010- Lei da Alienação Parental

Com o intuito de minimizar esses atos de crueldade contra o menor que está em fase de formação física e psicológica o legislador começou a se preocupar com a falta de legislação específica para os casos de alienação, deixando as crianças desprotegidas em relação a isso.

Sendo assim, foi feito uma propositura de um Projeto de Lei para os casos de alienação, em 07 de outubro de 2008, pelo Deputado Federal Regis de Oliveira (Projeto de Lei nº 4.053/2.008), cujo intuito era dar a devida importância a esses casos, que por sua vez passavam despercebidos em muitos tribunais, e não sendo devidamente analisado pelos julgadores.

Sendo assim, a Lei de Alienação Parental foi sancionada em 26 de agosto de 2010, tornando-se a Lei ordinária de n. 12.318/2010, a qual dispõe sobre a Alienação Parental. Tal Lei conceitua a Alienação Parental e exemplifica suas formas ao dispor no seu art. 2º, que é considerado ato de Alienação Parental toda a interferência na formação psicológica do menor para repudiar o genitor e causar prejuízos no relacionamento ou na manutenção dos vínculos afetivos com este (CARVALHO,2015, p.517).

Tal artigo não restringe somente aos pais como possíveis alienadores, inclui também quem detém a guarda do menor, como por exemplo, os avós.

Nesse sentido eis o artigo 2º da lei 12.318/10:

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

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

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

Nesse caso, existem três personagens principais: o alienante, que é o responsável de causar os atos citados pelos incisos do artigo supra, o alienado que é o genitor afastado, e por fim, a criança, vítima da campanha de desmoralização de um dos pais.

Também no art. 3º da mesma Lei, tem-se que:

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010)

Neste artigo, preocupa-se com a violação dos princípios constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente, violando uns dos princípios fundamentais de uma vida saudável, e uma boa convivência com a família.

Ainda em seu art. 4º, estabelece:

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

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

Este artigo dispõe, portanto, que a qualquer indício de alienação, deve se iniciar uma ação autônoma para que seja feita a investigação da mesma. Tal decisão foi criada para assegurar a convivência e reaproximação da vítima de alienação com o alienado, e tornar o processo mais célere pois uma demora processual pode vir acarretar um maior dano na mente da criança e afastamento do mesmo. Assim, conforme mencionado pelo parágrafo único desse mesmo artigo, há uma garantia mínima de visitação, assistida por um profissional designado pelo juiz ao genitor.

De acordo com o disposto no art. 5º do mesmo diploma, tem-se que:

Art. 5º. Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do

laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, 2010)

Portanto, o artigo 5º dispõe sobre a perícia psicológica ou biopsicossocial, pois não se pode correr o risco de erro ou de ter um laudo mal formulado, nos parágrafos do mesmo artigo dispõe como tal análise deve ser feita.

Trazendo os atos típicos e caracterizadores da alienação parental, tem-se o art. 6º:

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

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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

Assim, ao caracterizar atos típicos a alienação o judiciário poderá inibir ou atenuar algumas “punições” em concordância da gravidade do caso, como descreve os incisos acima.

Por fim, o artigo 7º e 8º dispõe, sobre atribuição de mudança da guarda e domicílio buscando um meio de se preservar esse laço de afeto existente entre a prole o genitor, como se apresenta:

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial. (BRASIL, 2010)

Pode-se entender que a alienação é uma atitude cruel, onde é feita diariamente a introdução de falsas memórias na mente da criança ou adolescente, fazendo a vítima acreditar que algo realmente aconteceu. Segundo Jorge Trindade (2011, *apud* GUILHERMANO, 2018, p.14), a criança “lembra” de sensações e impressões de momentos que jamais existiram. A intenção não é mentir sobre algo, visto que o indivíduo acha que tais fatos ocorreram. Tal assunto será considerado no tópico seguinte.

3.3 Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental

A Alienação Parental é a desmoralização feita por um genitor em relação ao outro genitor, geralmente tal ato é cometido pela mulher, tendo em vista que normalmente é ela que detém a guarda do filho, ou, por alguém que possua a guarda do menor, como por exemplo a avó.

Em alguns casos o alienador não tem o conhecimento do mal que está fazendo para o seu filho, e assim a alienação acontece, na maioria das vezes quando a ruptura da relação conjugal não se dá de forma amigável, a o surgimento de sentimentos como ódio, rancor e rejeição. Por se sentir negado o ex-cônjuge começa a destruir o outro usando, inclusive, o seu próprio filho para se vingar.

Sobre esse tema escreve SOUZA:

(...) a expressão síndrome da alienação parental, também conhecida em inglês como *Parental Alienation Syndrome*-PAS foi definida, em meados dos anos oitenta, pelo psiquiatra norte-americano Richard Alan Gardner, considerando um dos maiores especialistas do mundo no assunto separação e divórcio. Gardner observou que, na disputa judicial, os genitores procuravam, de forma incessante, afastar os filhos do ex-cônjuge, fazendo uma verdadeira lavagem cerebral na mente das crianças. (SOUZA, 2014, p. 104)

A síndrome da alienação parental (SAP), termo esse que foi introduzido em 1985 pelo psiquiatra, norte americano RICHARD ALAN. GARDENER, do departamento de psiquiatria infantil de Columbia, *New York* (CARVALHO, 2015,p.515).

SAP, são sequelas deixadas pela alienação parental, ou seja, a rejeição do filho de conviver com o outro genitor alienado, a criança que possui esse problema começa a sentir a mesma antipatia que o genitor possui, pois ele é manipulado pelo alienador para rejeitar o outro genitor e, até em muitos casos, afirma sofre abuso sexual.

Para Carvalho, a síndrome é:

(...) um conjunto de sintomas, tratando-se de mudanças de comportamento da criança ou adolescente quando é programada pelo alienador, que pode ser um dos pais, parentes ou guardião, para desprezar ou odiar o outro genitor, excluindo ou matando-o dentro de si (CARVALHO, 2015, p. 515).

Marcos Duarte (2009, p.34) leciona que a síndrome da alienação parental deve ser compreendida como uma patologia jurídica caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda, vitimando especialmente o filho, que vive uma contradição de sentimentos até chegar ao rompimento do vínculo de afeto com o genitor não guardião.

No entanto a implantação de falsas memórias é um exercício realizado em três estágios. No primeiro estágio a criança começa a obter conhecimento negativos do genitor, nesse momento é o início do processo de destruição do outro genitor, ou seja, o filho passa aos poucos, a sentir repulsa do alienado, apesar de ainda existir o amor e carinho.

No segundo estágio, também podemos chamar de fase moderada, a criança fica contra as decisões do genitor alienado, ficando evidente que o desejo de se afastar e passa a considerar mais o alienador. E por fim, na última fase, também considerada a mais grave a criança ou adolescente, começa a demonstrar que não quer mais se aproximar do outro genitor, e quando está na presença dele demonstra que o afeto de amor e carinho já não existem e que os únicos sentimentos existentes são o ódio e a repulsa.

Para Juliana Rodrigues Souza, vale ressaltar que:

(...) a síndrome da alienação parental não se confunde com a alienação parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, enquanto a AP se liga ao afastamento do filho de um pai através de manobras da titular da guarda, a Síndrome, por seu turno, diz respeito às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e o adolescentes vêm a padecer (SOUZA, 2014, p. 114).

Portanto, a alienação parental é o genitor tentando transferir a sua raiva para o filho, e muitas das vezes, consegue. Já a Síndrome da Alienação é o filho pondo em prática toda a manipulação feita pelo genitor alienado. Percebe-se que esse fenômeno não se trata de um caso novo, na maioria dos casos só ocorre quando há uma relação mal resolvida.

Seguindo nesse viés prossegue Souza:

(...) no entanto, a Síndrome da Alienação Parental não é um tema novo, nem no campo médico, nem no campo jurídico. A doutrina e a jurisprudência já lhe identificavam, e com poucos recursos, mas forçosos estudos hermenêuticos construíram algumas soluções jurídicas para saná-la, ou pelo menos, minorá-la nos conflitos familiares em que se constatava a sua presença (SOUZA, 2014, p.116).

Diante disso o judiciário reconhece que a Síndrome da Alienação Parental é recorrente em casos onde há uma separação mal resolvida entre os genitores. No entanto, através de laudos psicológicos, se consegue observar que o alienante quer acabar com o convívio e o bom relacionamento do filho com o não guardião.

Como forma de esclarecimento analisa-se a jurisprudência de número 70016276735 do Tribunal de Justiça/RS:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70016276735, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/10/2006).

Na jurisprudência, o poder judiciário reconheceu a Síndrome de Alienação Parental (SAP) como um problema e começou a usar de equipes interdisciplinares para ajudar a diagnosticar tal problema. Ficando evidente que as implantações de falsas memórias acontecem em casos de separação mal resolvidas (SOUZA,2014, p.116)

Contudo, quando mais cedo for o diagnóstico, melhor é para os filhos, pois, assim buscará um tratamento adequado para ambos. Sendo assim estará evitando o sofrimento do menor, afim de que o mesmo se torne um adulto saudável e sem traumas.

Por fim, é de suma importância que os magistrados e psicólogos, saibam diferenciar e diagnosticar a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental, para poder o mais rápido possível, ajudar as famílias que estão passando por esse problema.

Passa-se a seguir a tratar da possibilidade de incidência de dano moral oriundo da Alienação Parental.

3.4 Dano moral em caso de alienação parental

Em um primeiro momento, temos que compreender o que é dano moral, é tudo aquilo que afeta seriamente a integridade de uma pessoa, ferindo seriamente a sua personalidade diante da sociedade

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves dano moral é:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONCALVES, 2009, p.359).

Todavia, o dano moral tem como função reparar os prejuízos causados a outrem, sendo assim o direito à reparação desse malefício, é um direito fundamental.

Onde a Constituição Federal, de modo coeso e apropriado, traz expressamente em seu artigo 5º, inc.V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

Em casos de Alienação Parental, onde, um dos genitores denigrem a imagem do outro é cabível pedir a reparação pela agressão sofrida.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Uma vez identificada a Síndrome da Alienação Parental no caso concreto, ela deve ser considerada como uma violação direta e intencional de uma das obrigações mais fundamentais de um genitor que é a de promover e estimular uma relação positiva e harmoniosa entre a criança e seu outro genitor (DIAS, 2007, *apud* VALADARFES, 2014, *online*).

Contudo, nos casos onde há Alienação, o ofendido, provando a gravidade da ofensa, tem o direito ser indenizado, assim como prevê o artigo 6º,III, da lei 12.318/10 a aplicação de multa ao genitor alienador.

No entanto o pai que é o alienado perde algo irreparável, como por exemplo, os momentos mais importantes da vida do seu filho. Nas palavras de Yussef Said Cahali (2005, p. 115) “não se trata de ressarcir o prejuízo material representado, as de reparar a dor com bens de natureza distintas de caráter compensatório e que de alguma forma, servem como lenitivo”. Vale ressaltar que em tal atitude há existência de dolo, pois há uma denúncia caluniosa, com o propósito claro de prejudicar o outro cônjuge, levando pela consciência das falsas acusações, onde podemos perceber nas falsas acusações de abuso sexual e de agressão física na SAP.

Nas palavras de Maria Cecilia Bodin Morais:

Ao optar por fazer decorrer o dano moral dos sentimentos de dor e humilhação, das sensações de constrangimento ou vexame, teve a jurisprudência acertada intuição acerca de sua real natureza jurídica. Normalmente, o que nos humilha, ofende, constrange, o que nos magoa profundamente, é justamente o que fere a nossa dignidade. O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana) (MORAIS, 2003, apud VALADARES, 2014, *online*).

Dessa, forma o alienado, não conseguindo de amigável cessar com as falsas imputações, o mesmo tem o direito de pleitear em juízo, uma ação por danos morais, buscando reparação para pelo dano sofrido de si próprio e também de sua prole em consequência a alienação sofrida. Lembrando que é difícil calcular o valor do todo o tempo que pai vai gastar para recuperar confiança perdida do seu filho.

Examina-se, portanto, a jurisprudência a seguir de nº 70064085095 do Tribunal de Justiça/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. PUBLICAÇÃO INDEVIDA DE CONTEÚDOS REFERENTE À INFANTE EM REDES SOCIAIS. DANO MORAL. CABIMENTO. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. No caso, evidenciado o dano sofrido pela infante, na medida em que as apelantes, avó e tia paterna, publicaram imagens informações a ela referentes em perfil de rede social, atribuindo à genitora suposta prática de alienação parental. O fato de terem sido retiradas da rede as publicações não retira o caráter ilícito do ato praticado, porquanto publicou indevidamente imagem da criança, em flagrante violação ao comando constitucional do art. 5º, X, bem como dispositivos infraconstitucionais (arts. 3º e 17 do ECA e 3º e 7º da Lei 12.965/2014). A configuração do dano moral impõe o dever de reparar. O quantum arbitrado mostra-se adequado, ante a conduta das apelantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Apelação Cível Nº 70064085095, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/07/2015).

Como já demonstrado, sabe-se que a alienação pode ser praticada por qualquer um membro da família. No entanto, o caso acima mostra que a genitora entrou com uma ação pedindo reparação dos danos sofridos por sua filha, na qual a avó e tia paterna, publicaram imagens e informações na rede sócia, atribuindo a genitora a suposta pratica de alienação parental. O ato praticado pelas de forma ilícita e comprovado, tem que haver a reparação do dano, não podendo neste caso ficar imune tal conduta.

Contudo, alguns magistrados discordam de conceder o dano moral, quando não se tem provas suficientes do dano sofrido conforme aborda a jurisprudência de nº 70049655202 do Tribunal de Justiça/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR ATO ILÍCITO. 1. DIREITO PROCESSUAL CÍVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. NÃO VERIFICAÇÃO DE JULGAMENTO CITRA-PETITA. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DO CCB. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE OFENSAS VERBAIS E ALIENAÇÃO PARENTAL. AUSÊNCIA DE PROVAS (ART. 333, I, DO CPC).

PRECEDENTES. 1. Não concretiza hipótese de nulidade sentença que, apreciando o pedido de reparação no contexto da alegação sobre a ocorrência de variadas ofensas, dá maior enfoque a uma que a outra. Pretensão analisada e solvida na sua integralidade. 2. A verificação de efetivo dano decorrente de relações familiares não se presume decorrente do distanciamento afetivo por si só, o que se trata de circunstância a que todos estão sujeitos em razão da convivência em família. A prova da veracidade dos fatos alegados, além do nexo de causalidade entre o dano e a conduta atribuída ao suposto ofensor é ônus que incumbe à parte autora (art. 333, I, do CPC), e, na sua ausência, não há cogitar reparação. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70049655202, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/09/2012).

Diante disso, alguns Magistrados estão indeferindo o dano, pois, a parte que esta postulando tem que provar o dano sofrido, considerando ainda que a aplicação do dano moral não é a melhor forma a ser aplicada, pois, pode desencadear mais problemas na relação familiar.

Dessa forma, o próximo capítulo iria abordar quais medidas tem sido tomadas quando o rompimento da relação se dá de forma litigiosa, e se é cabível conceder a guarda compartilhada, sendo analisada esse tipo de guarda será a melhor maneira de evitar ou mesmo acabar com a alienação parental, pois é um dos grandes problemas que atinge a família que não consegue lidar com o rompimento da vida conjugal e usam a sua prole para punir e prejudicar o outro cônjuge.

Sendo assim esse pretende esclarece a importância de o magistrado conceder a guarda compartilhada mesmo quando não se tem uma separação amigável, pois a é de extrema importância o filho conviver com ambos os pais de forma amigável, para que o filho tenha o desenvolvimento psicológico saudável, não podendo a separação dos pais atingir a evolução do menor.

4 GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO PREVENTIVO E INIBIDOR À ALIENAÇÃO PARENTAL

Com o intuito de minimizar atos de crueldade praticado contra o menor, que está em fase de formação física e psicológica o legislador engendrou transformações no Código Civil mediante a lei 11.698/2008, que prevê a guarda compartilhada, uma singela mudança que complementam dois artigos, mas que gera a diferença a partir de sua utilização.

Nota-se, todavia, que os magistrados já vinham aplicando a possibilidade da guarda compartilhada como melhor interesse do menor, em casos onde fica evidente que sua possibilidade é viável. Agora, com a lei positivada no ordenamento jurídico, tal instituto pode ser antes de tudo analisado pelos magistrados nos casos de guarda, e como se funcionasse como um ato de conciliação, a fim de propor a paz depois do divórcio, ao que interessa ao menor, que é a principal vítima de tudo isso.

Contudo quando o guardião dificulta a convivência do filho com o ex-cônjuge, colocando obstáculos, nos dias de visitas agendadas, nas ligações feitas, o filho começa a perder o convívio com o genitor. O genitor passa a ser um mero visitante para o seu filho, vindo a perder o vínculo afetivo existente entre eles.

Seguindo nesse viés, examina-se a jurisprudência nº 70066391614 do Tribunal de Justiça/RS, onde foi concedida a Guarda Unilateral, no entanto, fica comprovado a alienação parental.

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA E VISITAS. PARTILHA. ALIMENTOS.HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. A sentença que conta com 10 páginas de fundamentação supre de forma mais do que suficiente a exigência constitucional e legal de fundamentação das decisões judiciais. A eventual desconformidade da parte com a análise que a sentença faz da prova dos autos não justifica alegação de nulidade por falta de fundamentação. É de se indeferir o pedido de reversão da guarda em prol do pai, pois se mostra adequado o deferimento da guarda dos filhos comuns à genitora. Restou bem demonstrada a vinculação das crianças com ela, e por igual bem comprovado que as crianças estão sendo adequadamente tratadas durante todos esses anos, desde a separação fática entre os genitores, em que estão sob os cuidados da mãe. O genitor foi acusado de estupro contra um dos filhos comuns, e chegou a ser condenado em primeiro grau, mas foi absolvido em segundo grau (por decisão ainda não definitiva), mediante reconhecimento de falta de provas sobre autoria e materialidade. Para além disso, a prova produzida nestes autos, em especial o laudo pericial elaborado por renomado psiquiatra, e corroborado por várias entrevistas com a criança, e submetido ao crivo dos profissionais que atenderam os genitores,

igualmente demonstrou a inveracidade da acusação direcionada contra o pai, o que dá azo inclusive à conclusão de que houve alienação parental praticada pela genitora. No caso concreto, reconhecimento da alienação parental não justifica a reversão da guarda ao pai, dado o alto grau de envolvimento na relação da mãe com os filhos; mas justifica a retomada das visitas dele, de forma gradual, inicialmente mediada pelo CAPM, juntamente com tratamento psicológico e contratação de babá, por parte do genitor, para acompanhá-lo nas visitas. Duas empresas certa e incontroversamente adquiridas em meio à união estável havida entre os litigantes devem ser objeto de partilha. O fato das empresas terem sido adquiridas mediante valores obtidos por empréstimo, e a alegação de que tal empréstimo não estaria quitado, não ensejam reconhecimento de incomunicabilidade (inclusive por que sequer há pedido de partilha da alegada dívida que ainda estaria pendente de pagamento). De resto, sequer há prova convincente de que a dívida não teria sido quitada, já que isso aparece apenas em retificação de declaração de renda feita pelo varão, ato unilateral realizado pouco depois da ruptura, o que faz projetar até a possibilidade de que tenha sido feito justamente para depois ser alegado como causa impeditiva de partilha. Veículos a serem partilhados devem tomar por base o valor da tabela FIPE na data da separação (com as correções e atualizações já determinadas pela sentença). Não há como partilhar veículo sem prova de existência ou propriedade do bem ao tempo da ruptura. Ademais, em sendo incontroverso que o bem foi alienado no curso da união, presume-se que o produto comum. É cabível uma redução do valor dos alimentos fixados na origem, uma vez que em evidente desconformidade com a capacidade financeira do grupo familiar, evidenciada pelos elementos de prova constantes nos autos. Hipótese de redução dos 30 salários-mínimos fixados na origem, para R\$ 14.000,00, sendo R\$5.000,00 para cada filho e R\$ 4.000,00 para a ex-companheira (até a última divisão da partilha), valores a serem corrigidos anualmente pelo IGP-M, a contar da presente decisão. O provimento parcial do apelo réu, no que se refere ao reconhecimento de alienação parental e determinação de retomada das visitas dele, e no que se refere à redução no valor dos alimentos, não impacta na distribuição sentencial da sucumbência. Mas esse provimento parcial, aliado à constatação de que o longo tempo de tramitação da demanda e a quantidade de volumes do processo guardam como causa, mais do que qualquer coisa, a conduta e a estratégia das partes e dos seus respectivos advogados, são circunstâncias que justificam a manutenção do valor dos honorários de sucumbência fixados pela sentença, em já elevados e consideráveis R\$ 30.000,00. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELODO RÉU, E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70063911614, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 03/09/2015).

Observa-se então na jurisprudência acima, que, a alienação decorre por parte do genitor detentor da guarda, que manipula e leva o filho acreditar que sofreu abuso sexual, logo, conseguindo o afastamento do filho com o pai, e o mesmo perdendo o convívio com o seu filho.

Nesse sentido escreve Conrado Paulino Rosa que:

(...) o certo é que andou bem a alteração legislativa para determinar a guarda unilateral como via restritiva. Isso porque sua fixação acirra o litígio, quando um dos pais tem cerceado o convívio cotidiano com o filho. Basta pensar na angústia que assalta o genitor (e, seguramente, o filho), que somente pode

estar com o seu próprio filho de quinze em quinze dias e, mesmo assim, por meras quarenta e oito horas [...]. É a pavimentação de um caminho que começa como um mero visitante e termina como um verdadeiro estranho ao filho (ROSA, 2015, p.57).

Assevera-se, então, que a guarda unilateral, de uma certa forma, enfraquece os laços afetivos existentes de pais para filho, pois o genitor não detentor da guarda perde parte do seu poder, quando não reside na mesma residência que sua prole, podendo então o guardião praticar o ato de alienação, com o intuito de excluir o outro genitor da vida da sua prole.

Percebe-se, então, a tamanha importância que é a guarda compartilhada, pois é a melhor forma de se evitar a alienação. Pois ao conviver com ambos os pais, será conservado os laços de afetividade e o mesmo não sofrerá com a reestruturação familiar, que ocorre após a separação, não sendo assim manipulado pelo detentor da guarda.

Assim escreve, o mesmo doutrinador:

(...) 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 (ROSA, 2015, p.63).

Sendo assim, por se tratar de guarda compartilhada, surge grandes possibilidades de coibir o ato alienatório, em muitos casos, com o rompimento da relação de forma traumática. O genitor querendo se vingar do seu ex-cônjuge não aceita compartilhar a guarda, e começa a usar o seu filho como uma forma de se vingar do outro.

No entanto o compartilhamento da guarda, visa minimizar esse ato de crueldade vivenciada por várias famílias. Todavia ao aceitar o compartilhamento da guarda eis que pode se observar os benefícios que ela traz para a vida do filho, em conviver de forma equilibrada com ambos os pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura, a importância da vida em família em um ambiente natural, garantindo assim o melhor desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta.

A Constituição Federal deixa claro que são direitos fundamentais, a convivência familiar, em seu artigo 227.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Sendo assim os genitores, tem que entender que guarda é uma coisa e convivência é outra, entretanto guarda é o meio de administração do interesse do filho, já a convivência é o tempo que cada genitor terá para aproveitar e cuidar da sua prole. Em consequência disso, cada um dos genitores tem que ter ciência que ambos têm que priorizar o que melhor para a formação intelectual do seu filho, sendo então a convivência com ambos os pais ser de forma equilibrada e harmoniosa.

Nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira pontua:

Marcos Alves da Silva critica a permanência da autoridade parental após o fim da conjugalidade dos pais. Ele, diz existir um distanciamento entre a lei e a realidade, pois, após o rompimento dos pais, o genitor não guardião perderia importante parcela dos seus poderes, em face do esvaziamento da convivência. Subsistiria uma perda de fato da autoridade parental, o que também se deveria ao acúmulo de poderes concentrados na guarda, tais como dirigir a pessoa do filho, sua educação, além de decidir todas as questões que o envolvem (TEIXEIRA, 2009, p. 24 *apud* SILVA, 2002, p. 63-64).

Seguindo uma via de mão dupla de fato isso pode acontecer, se a autoridade atribuída aos genitores não for exercida por ambos. Vale ressaltar que o divórcio não altera os direitos e deveres, recíproco aos filhos, embora tenha tido um desdobramento da guarda.

Nesse contexto a jurisprudência 70061663670 do Tribunal de Justiça/RS, acrescenta que:

APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO PATERNA. IMPROCEDÊNCIA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. RECONHECIMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. DESCABIMENTO. REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA DEFERIDA NA SENTENÇA

AO GENITOR. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORCIONALIDADE A SER OBSERVADA EM RELAÇÃO À VERBA HONORÁRIA. COMPENSAÇÃO. VIABILIDADE. 1. Caso em que os estudos técnicos realizados na instrução foram categóricos no sentido da inexistência de situação a contraindicar o convívio paterno-filial, ocorrência que amparou a improcedência do pedido de suspensão das visitas paternas (objeto da ação), revelando, em contrapartida, a dificuldade de comunicação e de cooperação entre os genitores, a litigiosidade decorrente da separação, bem como os negativos reflexos desse conflito no desenvolvimento emocional do filho menor, responsabilidade que deve ser imputada a ambos os genitores, não autorizando o pretendido reconhecimento da alienação parental alegadamente praticada pela genitora (objeto da reconvenção). 2. Considerando que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, corretamente estabelecido na origem o seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, §2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante. 3. A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ. 4. Manutenção da sentença no ponto em que fixou como base de moradia a residência da genitora e regulamentou o convívio paterno-filial nos termos propostos pelo genitor, em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis. 5. Não tendo o genitor demonstrado sua situação de fazenda e, assim, que faz jus à concessão da assistência judiciária gratuita, deve ser revogado o benefício deferido em seu favor na sentença, conforme requerido no apelo da genitora. 6. Descabido o redimensionamento da sucumbência recíproca, pois inócua o alegado decaimento mínimo do genitor, devendo ser mantida a proporção estabelecida na sentença para o pagamento das custas processuais, que deve ser observada também em relação aos honorários advocatícios, possibilitando-se a compensação (art. 21, parágrafo único, do CPC e da Súmula nº 306 do STJ), conforme postulado no apelo do genitor. 7. Declaração de voto do revisor. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70061663670, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09/04/2015).

Por fim, a guarda compartilhada traz para as famílias o direito de convivência mútua, sendo isso de extrema importância para combater o ato de crueldade que é a alienação parental. Vendo que os genitores não que disputar a convivência com o filho, vendo que ambos terão o mesmos direitos e deveres em relação a sua prole.

Ficando então conscientizado que o rompimento da relação fica somente entre a vida conjugal e não a relação entre pais e filhos, sendo os laços afetivos feitos com os filhos para toda a vida, não podendo então perder esse vínculo por mero capricho ou desejo de se vingar, mas, sim ajudando a sua prole entender que apesar da separação conjugal, os laços afetivos vão permanecer.

4.1 Considerações sobre a Lei da Guarda Compartilhada (Lei de n. 13.058/2014)

A palavra guarda compõe a estrutura do poder familiar, isso quer dizer que, ambos os pais possuem a mesma função, que seria a de guarda, vigiar cuidar da integridade do filho menor. Vendo ISS, a guarda somente ira identificar quem terá a companhia do seu filho direto, após o processo de separação judicial.

Maria Berenice Dias ensina que:

A guarda absorve apenas alguns aspectos do poder familiar. A falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de ter os filhos em sua companhia (art 1.632). Não ocorre limitação à titularidade do encargo, apenas restrição ao seu exercício, que dispõe de graduação de intensidade. Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é só requisito para a sua titularidade (DIAS, 2006, p. 347).

É de se salientar, que o Código Civil, sem seu artigo 1.634, identifica a guarda como um atributo do poder familiar, diferentemente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que aponta em seu artigo 33 as atribuições inerentes ao instituto, a saber: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais” (BRASIL, 1990).

Vale ressaltar que a prestação de assistência tanto moral quanto material, é dever de ambos os pais, não podendo estes transferirem esta função a outros.

A guarda, no entanto, é o exercício diário a ser desempenhado pelos pais de forma conjunta. A definição judicial de qual genitor será o guardião é apenas para dividir atribuições em relação do exercício de alguns direitos, tendo em vista que os pais não residem mais na mesma casa.

Diante disso percebe-se que além de exercer as suas obrigações o genitor, vai passar a exercer os seus direitos, como por exemplo o de visita, de acompanhar seus filhos em suas atividades, de permanecer participando das mínimas questões que dizem respeito aos seus filhos. Por esses motivos é indispensável o bom relacionamento entre os pais do menor.

O Código Civil, em seu artigo 1.583, conceitua guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Como visto, a legislação já previa que guarda, tem que ser exercida de igual forma por ambos os genitores, contudo, tendo em vista, que não existe mais aqueles modelos de família, que após a separação a responsabilidade da guarda era toda exclusiva da mãe, cabendo ao pai somente os escassos dias de visita a prole.

Ensina Maria Berenice Dias que:

A convivência física e imediata dos filhos com os genitores, mesmo quando cessada a convivência de ambos, garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, assegurando a permanência de vínculos mais estritos e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço (DIAS, 2006, p. 361) (grifo nosso).

Tal modelo de guarda, faz-se encaixar perfeitamente aos princípios, atendendo melhor o interesse da criança e do adolescente, apesar da grande dificuldade encontrada para a aplicação na prática, em razão da ausência de compreensão dos pais, diante do término da vida conjugal. Dificultando a permanência e convivência com os filhos de forma adequada, cumprindo com os deveres legal e moral, imposto pela atual legislação.

Nas lições de Rolf Madaleno:

É a partilha da guarda jurídica, da autoridade de pai, que não se esvai pela perda da companhia do filho em troca pelas visitas decorrentes da separação dos pais. (...) Fique, portanto, plenamente clarificado que na guarda compartilhada não interessa quem estará detendo a custódia física do filho, como acontece na guarda unilateral, ou no seu arremedo de guarda alternada, pois na guarda conjunta não conta o tempo de custódia, tratando os pais de repartirem suas tarefas parentais, assumindo a efetiva responsabilidade pela criação, educação, e lazer dos filhos – e não é só a um deles, como usualmente sucede (MADALENO, 2004, ps. 90-91).

Com a entrada na nova Lei de n. 13.058/2014 em vigor, houve uma modificação significativa, ao que se refere à guarda de filhos. Sendo abordados alguns pontos importantes, como por exemplo a base de moradia, que antes os genitores precisavam morar na mesma cidade para então exercer a guarda compartilhada.

Seguindo esse viés, Conrado Paulino Rosa, conceitua que:

Conforme a nova redação do Código Civil, no art 1.583, parágrafo 3º, a custódia física foi tratada como “ base moradia”, que a partir de agora, de forma expressa, inclusive, o compartilhamento pode ser realizado mesmo quando os genitores não residem na mesma cidade (ROSA, 2015, p. 76).

Contudo a morada do menor tem que atender o melhor interesse da criança e adolescente, não chegando a um consenso o juiz poderá determinar que seja feito estudo social e uma perícia psicológica, para então poder decidir qual a melhor moradia para a prole. Dessa forma o genitor que não tiver como base a residência e moradia para o seu filho, ficara determinado judicialmente a conviver de forma justa e equilibrada com a sua prole.

4.2 Princípios norteadores

A partir do instituto da guarda, verifica-se os princípios inerentes à criança e ao adolescente, os quais são; princípios da proteção integral, princípio da propriedade absoluta, e por fim os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente.

O princípio da proteção integral, é um dos direitos fundamentais, e está previsto na Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo 227, caput, que:

Art.227. É dever da família, da sociedade e dos Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocar a salvo de toda formara de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O estatuto da criança e do adolescente, em seu artigo 3º, garante à criança e ao adolescente uma proteção especial e um reconhecimento da criança e do adolescente como um ser em desenvolvimento, levando em conta a primordial necessidade que tais direitos sejam efetivados. A proteção integral estará sempre entrelaçada ao princípio do melhor interesse do menor. Ana Florinda Dantas, faz

menção a Paulo Vercelone, e diz que, mesmo sendo representados pelos pais, as crianças e os adolescentes possuem os seus próprios interesses.

Seguindo esse raciocínio leciona Dantas:

Embora as vezes não escrita, pela qual o exercício autônomo dos direitos fundamentais é adiado para uma idade mais madura, e o seu exercício interno é atribuído a terceiros adultos, de regra, os pais. Isso não quer significar, contudo, que, por serem as decisões tomadas pelos pais, os filhos não tenham seus próprios interesses, e por isso mesmo, o comportamento desses adultos deverá ser avaliado, politicamente e também juridicamente, por sua conformidade aos verdadeiros interesses a criança, e por sua adequação à função de representar aquela categoria especial de cidadão (DANTAS, 2004, p.118).

Quanto ao princípio da prioridade absoluta, também previsto pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivos artigos 227, caput, CF/88 e no artigo 4º do ECA.

Pereira, leciona que a propriedade absoluta:

A prioridade absoluta exerce importante papel no que se refere a primazia dos direitos das crianças e dos adolescentes nas questões que os envolvem em todas as esferas de interesses, seja judicial, extrajudicial, administrativa, social ou familiar. Assim, observa-se que o art. 227 da Constituição Federal pretende que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas, no que se refere à população infanto-juvenil (PEREIRA, 2014, p. 727).

Já o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um princípio de difícil determinação, pois não possui uma definição, devendo ser observado no caso concreto, considerando sobre tudo as necessidades do infante em detrimento ao interesse dos pais. A Convenção Internacional da Criança, ratificada no Brasil em 1990, consagrou em seu art.3º, inciso I, que:

Todas as ações reativas as crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativo, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança (EUA, 1989).

Vale ressaltar, que nem sempre o interesse dos pais é o mesmo interesse dos filhos. Como por exemplo, em relação onde há o divórcio litigioso, geralmente os genitores vivem em constantes duelos pela guarda do filho, vale lembrar que a criança não contraiu matrimônio com os pais, não devendo então ser tratado como moeda de troca ou mesmo um instrumento para destruir o outro.

O interesse da criança deve estar protegido no sentido de ser preservados dessas brigas, dessa distribuição de rancor e ódio, para que o mesmo não se sinta abandonado por um dos pais, ou mesmo, tenha os seus direitos reprimidos por um dos pais. Os filhos têm que ser incentivados a conviver com ambos os pais em ambientes diferentes do que vivia antes, e ao mesmo tempo, se sentir amado e protegido mesmo diante de um desenlace conjugal.

Conforme ressalta Gagliano:

Isso significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio (GAGLIANO, 2011, ps. 100-102).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio que garante ao ser humano a preservação a sua integridade física e psíquica, sua autonomia e seu direito de decisão, sendo inerente ao mesmo só pelo fato de ser pessoa, devendo ser respeitado (CUNHA, ano p.).

Tal princípio está atrelado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no qual considera os menores, seres em fase de desenvolvimento, devendo ter sua dignidade e seus interesses respeitados, garantindo assim o pleno desenvolvimento físico e mental. O princípio está disposto em nossa Constituição, artigos 226, §8º e 227, caput, os quais norteiam os direitos das crianças e adolescente dentro do Direito de Família.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho evidenciou a evolução do poder familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo da era patriarcal, onde somente o marido tinha o poder de exclusividade da sua prole, sendo a mulher submissa a suas vontades, passou-se a apresentar as mudanças ocorridas no seio da família.

Com o passar do tempo as famílias começaram a mudar e o poder patriarcal passou a se chamar poder familiar. O homem e a mulher passaram a exercer o poder familiar sobre os filhos de forma equilibrada. Mostrou-se que quando há o divórcio de forma amigável e harmônica, não há o que se falar em problemas com guarda de filhos. Contudo, verificou-se que os divórcios, na maioria das vezes, ocorrem de forma litigiosa e muitas das vezes os genitores envolvem a sua prole no meio dessa disputa.

O ordenamento jurídico possui dois tipos de guarda, sendo essa a guarda unilateral e a outra guarda compartilhada. A guarda unilateral é exercida somente por um dos genitores, tendo ele poder de decisão da vida do filho. Já na guarda compartilhada, o principal objetivo é que ambos os genitores tenham convivência com a sua prole, podendo participar da vida de seu filho de forma integral, mesmo com a ruptura da relação.

À luz da Lei 13.059/2014, entende-se que a guarda compartilhada é o melhor reflexo do poder familiar, por ratificar a necessidade dos filhos viverem de forma equilibrada com os pais. No entanto, quando fica magoa ao ser desfeito o vínculo conjugal, os genitores, movido de magoa, ódio, rancor usa o seu próprio filho como arma para destruir o outro cônjuge, surgindo assim a chamada Alienação Parental.

Alienação Parental, trata-se de uma prática usada por um dos genitores ou qualquer membro da família, para denegrir a imagem do outro genitor, com o objetivo exclusivo de afastar a prole do seu pai. Desse modo o alienador priva a criança de conviver com o genitor alienado, pode causar, aos poucos, a destruição dos laços afetivos.

Contudo, concluí-se que a Síndrome da Alienação é consequência da alienação propriamente dita, ou seja, a destruição dos laços afetivos, levando a

Criança, muitas das vezes, a desenvolver uma depressão. É importante que o juiz com auxílio do psicólogo identifique o problema de forma mais rápida possível, com a finalidade de acabar com o abuso, e não provocar mais danos psicológicos para a criança, em cumprimento do preceito constitucional do melhor interesse da criança.

Todavia o objetivo desse trabalho de verificar haver ou não possibilidade de concessão da guarda compartilhada para genitores em separação litigiosa, foi atingido confirmando sua viabilidade, visando o melhor interesse do menor ao manter a convivência familiar, evitando ocorrência da Alienação Parental.

Vendo isso, fica comprovado a importância de conceder a guarda, mesmo quando não há um consenso entre os genitores, porque a criança de maneira alguma tem a ver com a separação dos pais, e com isso os pais terão que ter ciência que o filho é para vida toda, independente deles estarem juntos ou não.

Portanto, a guarda compartilhada, antes mesmo de sua entrada em vigor da lei que a regula, já estava sendo aplicada pelo judiciário, sempre que possível. Com a entrada em vigor, a guarda compartilhada se tornou regra, e os magistrados mudaram o seu entendimento, aplicando-a mesmo em casos em que não há consenso dos genitores, somente sendo necessário que os pais estejam aptos a colocar em prática o poder familiar. Isto pode ser entendido a partir da decisão emanada do Tribunal de Justiça/RS ao proferir que “a ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra”. É aconselhável, portanto, que os genitores aceitem compartilhar a guarda, pensando unicamente no bem-estar da sua prole.

REFERÊNCIAS

_____. Apelação Cível. 70064085095. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Oitava câmara cível, julgado em 02/07/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 28 out.2018.

_____. Apelação Cível. 70016276735. Rel. Maria Berenice Dias. Sétima câmara cível, julgado em 18/10/2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Apelação Cível. 70049655202. Rel. Sandra Brisola Medeiros. Sétima câmara cível, julgado em 26/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 out.2018.

_____.Apelação Cível. 70061663670. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Oitava câmara cível, julgado em 09/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25 out.2018.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em 11.11.2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Planalto. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11.11.2018.

BRASIL. *Lei da Alienação Parental*. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em 10/11/2018.

BRASIL. *Lei da Guarda Compartilhada*. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11698.htm>. Acesso em 10/11/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível. 70063911614. Rel. José Pedro de Oliveira Eckert. Oitava câmara cível, julgado em 03/09/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 28 out. 2018

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito das Famílias*, 4º, ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

CAUALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 3º ed., p.115. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

DANTAS, Ana Florinda. *in Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Primeira série. FARIAS, Cristiano Chaves de; Colaboradores. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004. p. 118.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

DUARTE, Marcos. *Alienação Parental: A morte inventada por mentes perigosas*, 2009 in Assessoria de Imprensa Arpen Brasil, Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=OTQ3MQ==>>. Acesso em 28/11/2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 2222 p. ISBN 978-85-385-4198-1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 5a. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.v.IV.

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

GUILHERMANO, Juliana Ferla. *Alienação Parental: Aspectos Jurídicos e Psíquicos*. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/juliana_guilhermano.pdf>. Acesso em 27/11/2018.

LAGRASTA, Caetano. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*. V.13, nº25. Belo Horizonte: Magister Ltda, dez 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. 2003,p.132:

OLIVEIRA, Mariana. *Crianças são usadas pelos pais no divórcio, dizem juristas*. Disponível em: <www.g1.globo.com>. Acesso em 10 nov. 2018.

ONU. *Convenção Sobre Os Direitos Da Criança*. Nova Iorque, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em 02/12/2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito de Família VOL. V - Caio Mário ed. 2018 in line*. Disponível em: <https://issuu.com/grupogen/docs/cap-1_institui_____esdireitocivil_vo>. Acesso em 02/12/2018>.

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

SOUZA, de Rodrigues Juliana. *Alienação Parental. Sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. 1. ed. São Paulo: Mundo jurídico, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental*. 2017. Disponível em: <https://issuu.com/grupogen/docs/cap-1_guarda_compartilhada_3ed_1217>. Acesso em: 02 dez. 2018.

VALADARES, Isabela Farah. *Do cabimento do dano moral na síndrome da alienação parental: uma solução mais eficaz e menos nociva à criança* in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 126, jul 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15027>. Acesso em 02 dez 2018.