



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JOSÉ LUCAS SANTOS SILVA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA E A SUA UTILIZAÇÃO
COMO MECANISMO PARA INIBIR A ALIENAÇÃO PARENTAL**

SOUSA
2019

JOSÉ LUCAS SANTOS SILVA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA E A SUA UTILIZAÇÃO
COMO MECANISMO PARA INIBIR A ALIENAÇÃO PARENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.^a Dra. Cecília Paranhos Santos Marcelino

SOUSA

2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

S586c

Silva, José Lucas Santos.

Considerações sobre a guarda compartilhada e a sua utilização como mecanismo para inibir a alienação parental / José Lucas Santos Silva. - Sousa: [s.n], 2019.

55 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cecília Paranhos Santos Marcelino.

1. Direito de Família. 2. Alienação Parental. 3. Guarda Compartilhada. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 347.6

JOSÉ LUCAS SANTOS SILVA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA E A SUA UTILIZAÇÃO
COMO MECANISMO PARA INIBIR A ALIENAÇÃO PARENTAL**

Data de aprovação: 10/06/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Cecília Paranhos Santos Marcelino
Professora Orientadora

Prof.^a Dra. Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. João de Deus Quirino Filho
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos dois maiores amores da minha vida, a minha mãe e a minha irmã que me deram todo o apoio que precisei. E em especial a Deus e a Santa Rita que em nenhum momento me deixaram fraquejar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, o grande idealizador desse sonho, sei que sem ele eu não teria conseguido chegar até aqui. A Santa Rita, a padroeira da minha vida que intercede por mim em todos os momentos.

A minha mãe Luiza Lúcia, exemplo de mãe protetora, fonte de toda a minha força, a razão de ter suportado tudo que passei aqui na Paraíba, ela que com muita luz divina conseguiu me ajudar, me fortalecer em todas as vezes que pensei em desistir do curso. É graças a ela que hoje me encontro aqui! Obrigado mãe por sempre estar comigo, por me ajudar a vencer todos os obstáculos.

A minha irmã Juliana, o presente que Deus colocou na minha vida, a companheira que eu tanto amo, que sempre conta os dias para meu retorno.

A minha avó Pedrina (*in memoriam*) que ficava muito triste quando eu vinha pra Paraíba, e todo o tempo perguntava sobre meu retorno.

A minha grande família que sempre me apoiou e nunca hesitou em me ajudar quando precisei.

A minha Diretoria, especialmente Lauana, César e Flávia, pessoas muito importantes para mim, a quem sempre sei que posso contar.

Sou grato a todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, principalmente minha orientadora Cecília que foi muito compreensiva comigo e me deu toda a ajuda necessária para que conseguisse concluir esse trabalho acadêmico.

Agradeço também as muitas pessoas que conheci durante esses anos, pessoas que contribuíram muito para o meu crescimento. Pessoas como Brenda, Demétrio, Deyvit, Francimara, Gêciara, Kamila, Karol, Vanessa, Virgínia. É muito injusto citar nomes, pois são muitas pessoas e sempre acaba deixando alguém de fora, porém gostaria de frisar que mesmo não tenha citado, todos foram importantes durante esses cinco anos aqui em Sousa.

E por último gostaria de agradecer a Eduardo e Selma, com quem criei laços como se fossem da minha família durante esses cinco anos, amigos que me acolheram, apoiaram e sempre estiveram comigo. Amigos que quero levar para sempre!

RESUMO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, o poder familiar passou a ser conferido de forma igualitária a ambos os genitores, gerando profundas mudanças no Direito de Família e refletindo diretamente nas relações de pais e filhos, notadamente nas ações de guarda da prole. Com a promulgação da Lei nº 11.698/2008, a modalidade de guarda compartilhada passou a ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, devendo esta ser preferencialmente adotada quando a dissolução do vínculo conjugal envolver filhos menores. Ocorre que tal modalidade, apesar de ser a que mais preza pela proteção dos direitos dos menores, ainda é pouco adotada no judiciário brasileiro, o que cria um ambiente propício para a ocorrência de casos de alienação parental, situação esta que ocorre principalmente quando um dos genitores se utiliza de seu tempo livre com o filho menor para colocá-lo contra o outro genitor. A alienação parental é uma prática antiga, que só ganhou atenção especial no Brasil com a Lei nº 12.318/2010, que instituiu mecanismos para combatê-la. Nesse sentido, o presente trabalho parte da seguinte problemática: qual a importância da fixação do modelo de guarda compartilhada para evitar que casos de alienação parental ocorram quando da dissolução de vínculos conjugais? O presente estudo, portanto, tem como objetivo tratar da temática da guarda compartilhada como meio eficaz no combate à alienação parental, evidenciando os benefícios que esse modelo de guarda gera para o crescimento saudável do menor diante da separação de seus genitores. Para tanto, como aspectos metodológicos, foram utilizados o método dedutivo como abordagem, os métodos histórico e interpretativo enquanto procedimento e a revisão bibliográfica e documental como técnicas de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família. Alienação Parental. Guarda compartilhada.

ABSTRACT

From the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which established equality between men and women, family power was conferred equally on both parents, generating profound changes in Family Law and directly reflecting on the relationships of parents and children, especially in child custody actions . With the enactment of Law 11,698 / 2008, the shared custody modality became the rule in the Brazilian legal system, and this should preferably be adopted when the dissolution of the conjugal bond involves minor children. It occurs that this type, although it is the one that most prizes for the protection of the rights of minors, is still little adopted in the Brazilian judiciary, which creates an environment conducive to the occurrence of cases of parental alienation, a situation that occurs mainly when one of the parents uses his or her spare time with the youngest child to put it against the other parent. Parental alienation is an old practice, which only gained special attention in Brazil with Law 12,318 / 2010, which instituted mechanisms to combat it. In this sense, the present work is based on the following problematic: what is the importance of fixing the shared custody model to avoid cases of parental alienation occurring when the conjugal bonds are dissolved? The present study, therefore, aims to deal with the shared custody issue as an effective means of combating parental alienation, highlighting the benefits that this model of guarding generates for the healthy growth of the child in the face of the separation of their parents. Therefore, as methodological aspects, they used the deductive method and approach, historical and interpretative method as a procedure and bibliographical and documentary review as research techniques.

KEY WORDS: Family law. Parental Alienation. Shared guard.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR	10
2.1 NOÇÃO DE FAMÍLIA NO TEMPO.....	11
2.2 O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A FAMÍLIA PATRIARCAL	16
2.3 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E A IDEIA DE IGUALDADE JURÍDICA ...	19
2.4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS NOVAS PARENTALIDADES	22
3 A GUARDA COMPARTILHADA E A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DO MENOR	25
3.1 HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO MUNDO	25
3.2 DESENVOLVIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
4 ALIENAÇÃO PARENTAL: A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA EVITAR ESSE COMPORTAMENTO	38
4.1 COMPORTAMENTOS QUE IDENTIFICAM A ALIENAÇÃO PARENTAL	41
4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENANTE.....	44
4.3 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DE CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL	45
4.4 A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
6 REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A partir das modificações ocorridas na sociedade durante o século XX, principalmente no que se refere às alterações nos papéis de homem e mulher na sociedade, surgiu a necessidade de se adequar o Direito de Família aos novos anseios sociais.

A Constituição Federal, ao evidenciar o princípio da igualdade, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro, permitiu a construção de um novo modelo jurídico de família, o que gerou reflexos nas relações entre os genitores e seus filhos, estabelecendo que o poder familiar fosse conferido, de forma igualitária, tanto pelo pai como pela mãe.

Nesse sentido, a Carta de Magna de 1988 permitiu grandes avanços no Direito de Família, servindo de parâmetro para elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002. Ao estabelecer a equidade entre homens e mulheres, a Constituição de 1988 modificou completamente a estrutura originária da família brasileira, trazendo novos rumos ao Direito de Família no Brasil.

O Código Civil de 2002 não especifica um conceito de família, abrindo espaço para mais interpretações sobre o assunto, concebendo que esse conceito se mostrasse de forma mais ampla considerando os agrupamentos familiares formados com base no carinho, afeto e respeito mútuo. Assim, esse conceito hoje é plural, mais aberto, no qual o afeto é a base do núcleo familiar.

Diante dessas mudanças ocorridas na sociedade, surgiu a necessidade de criação de um modelo de guarda que mantivesse a relação afetiva entre pais e filhos quando o vínculo conjugal fosse rompido, visando o desenvolvimento saudável e melhor interesse do menor.

Objetivando o bem-estar do menor, em 2008 foi promulgada a Lei nº 11.698 que instituiu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, modelo esse que confere direito isonômico aos genitores de ter as mesmas competências e o mesmo tempo de convivência com seus filhos, evitando o surgimento de uma possível alienação parental, prática esta que fora condenada pela Lei nº 12.318/2010.

A referida Lei nº 12.318/2010 também prescreve a regulamentação legal específica das sanções aplicáveis à alienação parental, situações estas que ocorrem rotineiramente diante de rompimentos de vínculos conjugais, no qual um genitor se

utiliza de seu tempo a mais disponível com a criança para colocá-la contra o outro genitor.

A alienação parental é uma prática antiga, mas que só ganhou atenção especial com a Lei nº 12.318/10, que instituiu mecanismos para combatê-la. Ela ocorre porque em algumas situações a dissolução de um relacionamento não é aceita por ambas as partes, e por isso as divergências entre o ex-casal ou a não aceitação no rompimento são alguns fatores que podem levar um genitor a utilizar os filhos para atingir o outro.

Nesse sentido, questiona-se: qual a importância da fixação do modelo de guarda compartilhada para evitar que casos de alienação parental ocorram quando da dissolução de vínculos conjugais? Sob esse enfoque, o presente estudo tem como objetivo geral tratar da temática da guarda compartilhada como um método eficaz no enfrentamento à alienação parental, evidenciando os benefícios que esse modelo de guarda gera para o crescimento saudável do menor diante da separação de seus genitores.

No primeiro capítulo será apresentada a evolução histórica da entidade familiar, a noção de família na Antiguidade, no Código Civil de 1916 e o novo contexto do Direito de Família instituído com a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002.

No segundo capítulo será apresentado o modelo de guarda compartilhada, seu histórico de criação no mundo bem como seu desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Por último, no terceiro capítulo, busca-se evidenciar a fixação da guarda compartilhada como método eficaz para evitar a alienação parental, tratando no referido capítulo sobre as práticas que geram a alienação, a responsabilidade civil do alienante bem como a importância da guarda compartilhada para evitar a alienação parental e assim permitir um saudável crescimento do menor com a manutenção dos vínculos com seus genitores.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo para compreender o instituto da guarda compartilhada e a alienação parental. Enquanto procedimento empregar-se-á o método histórico-evolutivo, com vistas a analisar o desenvolvimento desses institutos. A revisão bibliográfica e documental serão as técnicas de pesquisa utilizadas, de modo a construir o referencial teórico a partir de doutrinas, jurisprudências, revistas e artigos especializados na temática.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR

As formas de família que se apresentam na sociedade, atualmente, sofreram inúmeras modificações ao longo da história da humanidade. Desta maneira, a formulação de um conceito fechado de “família” não é tarefa das mais fáceis, visto que nem mesmo a Constituição Federal de 1988 definiu e conceituou a família de uma maneira específica.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 45), não é possível apresentar um conceito que seja único e absoluto de família, “apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias”.

Em decorrência da forte ligação que existia na Antiguidade entre o Estado e a Igreja, a História nos mostra que, por muitos anos, apenas a família constituída pelo matrimônio entre homem e mulher era reconhecida, não sendo admitidos outros tipos que não seguissem o modelo nuclear. Nesse sentido, a sociedade buscou durante muito tempo privilegiar esse modelo nuclear da família, contudo, muitas modalidades familiares são percebidas na sociedade, o que torna o Direito de Família uma área extremamente complexa.

Sob esse enfoque, a família, acompanhando as mudanças econômicas, políticas e culturais da sociedade no decorrer do tempo, sofreu diversas transformações ao longo da história, perdendo muitas de suas características desse modelo antigo baseado no matrimônio, como o poder familiar patriarcal e o modo de formação em que havia a necessidade de formalização de vínculo matrimonial.

Leite (2008) ressalta que o conceito de família sofreu diversas modificações com o passar do tempo, tendo em vista que várias configurações familiares foram surgindo a partir da evolução da sociedade, começando pela família extensa e passando pelas famílias nuclear e monoparental até chegarmos à família homoafetiva.

Ocorre que, em que pese nos tempos atuais existirem diversos modelos de família, nossa legislação ainda não acompanhou, de forma plena, o ritmo das transformações sociais, não abarcando todas as modalidades de família que existem em nossa sociedade.

Nesse contexto, nota-se que essas modificações sucessivas pelas quais passou a família estão relacionadas à evolução cultural, religiosa, econômica e política

da sociedade, as quais permitiram que o conceito de família fosse ampliado, mesmo a legislação não acompanhando todas essas transformações.

No entendimento de Dias (2015, p. 29):

Como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.

Simionato e Oliveira (2003) salientam que no mundo inteiro, o conceito de família nuclear e a instituição casamento passaram por transformações, permitindo que a igualdade seja um dos pressupostos das relações matrimoniais. Segundo os autores, no Brasil, a expressão mais marcante dessas mudanças ocorreu nas últimas décadas, quando aumentou significativamente o número de separações e divórcios, a religião foi perdendo sua força, e os casamentos com relações insatisfatórias passaram a ser dissolvidos.

Diante disso, para compreender a atual configuração do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a responsabilidade que os genitores devem ter para com os filhos, necessário se faz, de início, estabelecer a evolução histórica do conceito de entidade familiar, buscando compreender a noção de família ao longo do tempo e o tratamento conferido à instituição pela legislação brasileira.

2.1 A NOÇÃO DE FAMÍLIA AO LONGO DO TEMPO

Desde os tempos mais remotos, sabe-se que a família sempre foi considerada uma instituição de grande importância para a sociedade, tendo esta se apresentado, ao longo da História, sob diversas configurações. Nessa perspectiva, a instituição sofreu diversas alterações ao longo do tempo, tanto na sua extensão quanto na sua compreensão, até chegar aos modelos que hoje se apresentam na sociedade atual.

De acordo com o Dias (2015), a manutenção de vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de preservação da espécie, seja pela aversão que o ser humano tem à solidão.

Em sua obra sobre “A origem da família”, editada no século XIX, Friedrich Engels (1997) destaca que, no estado primitivo das civilizações, o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecía o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e a educava (VENOSA, 2013).

Nesse sentido, Coelho (2012) aduz que a explicação da origem da família não é precisa. Isso porque nunca houve, como não há nos dias de hoje, uma forma única de família. Segundo o autor, numa determinada sociedade, que é definida por vetores de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar, mas não se pode definir um conceito único de família, haja vista que o mesmo é bastante abrangente.

Consoante com Nader (2016), na antiga organização greco-romana, a união entre o homem e a mulher se fazia pelo casamento, e a família formava-se pelos descendentes de um mesmo ancestral, que praticavam no lar o culto aos antepassados. Ao se casar, a mulher deixava a casa e os seus deuses e passava ao lar do marido, seguindo a sua religião, formada por deuses, hinos e orações. Desligava-se de sua família original para integrar a do marido, e os antepassados dele eram seus antepassados. Os fundamentos da família não estavam na geração de filhos, nem no afeto; repousavam na religião do lar e no culto que se praticava.

Na Roma Antiga, a família era entendida como o agrupamento de pessoas que estavam sob o poder e a autoridade do pai, que era o *pater familias*. A junção dos dois termos originou a expressão “família patriarcal”, ou seja, aquela que era chefiada pelo homem, que exercia a função de chefe absoluto (BARRETO, 2012).

No Direito Romano, portanto, a família era organizada sob o princípio da autoridade. Conforme leciona Gonçalves (2012), o *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*).

O pai, então, poderia vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. Ainda, segundo o mesmo autor:

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*. (GONÇALVES, 2012, p. 34)

Conforme Dias (2015), o marido era o chefe destas famílias e a esposa e os filhos ficavam a ele subordinados, em posição inferior. Desse modo, a vontade do marido era adotada como a vontade da entidade familiar. No entanto, segundo a autora, estes poderes eram limitados à família matrimonializada, tendo em vista que os filhos considerados ilegítimos não integravam à unidade familiar, pois apenas os filhos legítimos faziam parte da unidade familiar de produção.

Além disso, o casamento era tido como indissolúvel, e a única forma de dissolver a relação matrimonial era por meio do desquite, que embora colocasse fim na convivência conjugal, não dissolvia o vínculo jurídico, o que demonstrava o caráter fortemente machista da legislação da época, em que a mulher ficava em total subordinação do marido (DIAS, 2015).

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos era quase absoluto. A família era tida como grupo essencial para a perpetuação do culto familiar. No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana (VENOSA, 2013).

Conforme destaca Wald (2004, p. 57):

A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo *pater*. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os

pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater.

Coelho (2012) destaca que, em que pese a família romana ser chefiada pelo pater, a sociedade de Roma já era muito complexa naquele tempo para abrigar uma única forma de família. Pequenos comerciantes, escravos libertos e os estrangeiros viviam em estruturas bem diferentes da descrita nos manuais de direito romano como característica da família de então.

Em Roma, quando o pater falecia, a liderança da família não passava a ser exercida pela matriarca e nem pelas filhas, visto que o pátrio poder era vedado às mulheres. Desse modo, o poder era transferido ao primogênito e/ou a outros homens que pertenciam ao grupo familiar. Essas primeiras entidades familiares, que eram unidas por laços sanguíneos de parentesco, receberam o nome de clãs (WALD, 2004).

Em resumo, conforme leciona Coelho (2012, p. 26-27), no que se refere à família romana, podem ser apontadas as seguintes funções:

[...] *função biológica*, relacionada à preservação e ao aprimoramento da espécie: com a proibição do incesto, a família romana garantia os benefícios da diversidade genética para as gerações subsequentes; b) *função educacional*, pertinente à preparação dos filhos menores para a vida em sociedade, mediante a introjeção dos valores que possibilitavam a organização da estrutura social nos moldes então existentes: a mulher, por exemplo, submetia-se ao domínio do pai e, depois, do marido porque a família lhe ensinava que assim devia ser; c) *função econômica*, que compreende a produção dos bens necessários à vida humana, como alimentos e mobília: o excedente era trocado no comércio pelos bens que a família não produzia e de que necessitava; d) *função assistencial*, pela qual a família amparava os seus principais membros nas enfermidades e velhice: após a morte do marido, a mãe e tios ficavam sob os cuidados do primogênito; e) *função espiritual*, sendo a família o local privilegiado das práticas religiosas; f) *função afetiva*, indispensável à estruturação psíquica do ser humano, construção de sua identidade e autoestima: a família é condição essencial para a felicidade.

Com o decorrer da história, a difusão do cristianismo retirou da família a função religiosa. Como leciona Gonçalves (2012), a partir do século IV, com o Imperador Constantino, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater, dando-

se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses, que eram os vencimentos militares.

A autoridade do *pater* foi perdendo substância progressivamente, até desaparecer a sua superioridade em relação à esposa. Quanto aos filhos, estes deixaram a condição *alieni juris*, adquirindo personalidade jurídica. O casamento era sempre monogâmico e gerava um estado perpétuo, sendo que a poligamia era punida. No antigo Direito Romano o matrimônio expressava a vontade do *pater* e a solenidade de celebração era proporcional à riqueza dos esposos. Já no período clássico, a celebração não dependia do *pater*, mas dos próprios cônjuges (NADER, 2016).

Dessa forma, durante a Idade Média, houve um deslocamento do poder de Roma para as mãos do chefe da Igreja Católica Romana, quando se desenvolveu o Direito Canônico, que era estruturado num conjunto normativo dualista (laico e religioso), o qual se manteve até o século XX. Na Idade Média, como consequência, o Direito se confundia com a justiça e era ditado pela religião, que possuindo autoridade e poder, se dizia intérprete de Deus na terra (WALD, 2004).

Nesse período, as relações de família regiam-se exclusivamente pelo Direito Canônico, sendo o casamento religioso o único que era reconhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica (GONÇALVES, 2012).

Segundo a lição de Venosa (2013, p. 4-5):

Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia a necessidade, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar.

Já na Idade Contemporânea, a característica da família e seu formato interno variaram em função do regime econômico do contexto histórico. Assim, na sociedade

eminentemente agrária, em que o trabalho era desenvolvido pela célula familiar, a autoridade dos pais era preservada, bem como a convivência entre pais e filhos e a própria unidade da família. À medida, porém, que se efetiva a Revolução Industrial, ocorre a emigração para as cidades e verifica-se a desconcentração dos membros da família (NADER, 2016).

Pode-se dizer, portanto, que a família brasileira, sofreu influência da família romana, canônica e da germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização portuguesa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio, influenciando o Código Civil de 1916, que era fortemente marcado pelo patriarcalismo (GONÇALVES, 2012).

2.2 O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A FAMÍLIA PATRIARCAL

Em nosso país, durante muito tempo, as leis que regulamentavam o Direito de Família eram fundamentadas no patriarcalismo que era adotado nas civilizações antigas. Tal fato se verifica no revogado Código Civil de 1916, que na grande parte dos seus dispositivos, colocava a figura do homem em superioridade à da mulher, colocando o pai na figura de chefe da família e concedendo-lhe o poder sobre a mulher e os filhos.

O referido código e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada. O revogado diploma cível trazia diversos vestígios da antiga legislação romana, onde o poder do pai não poderia ser contestado e era praticamente absoluto. Nesse contexto, o exercício do poder familiar era conferido apenas ao pai, sendo que a mãe era tida apenas como uma ajudante esporádica, pois esta também deveria ser submissa ao seu esposo (GONÇALVES, 2012).

O Código Civil de 1916 disciplinava o direito de família no Livro 1, Parte Especial, e “[...] versava sobre três grandes temas: a primeira parte regulava o casamento, a segunda, as relações de parentesco, e a terceira, os denominados direitos protetivos (tutela, curatela e ausência)” (VENOSA, 2013, p. 17).

O artigo 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. Além disso, à mulher era atribuída somente a função de

colaboradora dos encargos familiares, consoante destacava o art. 240 do mesmo diploma legal. Àquela época, a família patriarcal era considerada o centro da legislação e prova disso foi a indissolubilidade do casamento, como também a capacidade relativa da mulher elencados na lei vigente na época.

Desta feita, os artigos 233 e 240 do revogado Código Civil de 1916 assim preceituavam:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

(...)

Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

No que concerne à filiação, havia notória distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, no qual a origem da filiação era devidamente registrada no assento de nascimento. Desta feita, o Código Civil de 1916 estabelecia que os filhos deveriam ser submetidos ao pátrio poder enquanto fossem menores de idade, determinando também que a vontade do pai deveria prevalecer sobre a vontade da mãe, conforme se vê nos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

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

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

Nesse sentido, conforme Dias (2015), o antigo Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, o referido código trazia uma estreita e discriminatória visão da família, a qual era limitada ao casamento. Os dispositivos contidos no Código Civil de 1916 impediam a dissolução do matrimônio, faziam distinções entre os membros e traziam

qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na tentativa frustrada da preservação do casamento.

Sob esse enfoque, segundo Coelho (2012), o Direito de Família brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito canônico, tendo em vista que a família brasileira por muitos anos sofreu influência do modelo familiar romano, da família canônica e da família germânica.

Com o passar do tempo, a sociedade brasileira foi se modificando, a partir das mudanças culturais e acompanhando a evolução dos outros países do mundo, o que abriu margem para o surgimento de novos conceitos de família. A ideia de poder familiar, então, necessitou ser revista para atender à necessidade jurídica das novas famílias que já existiam de fato em nossa sociedade.

Sob esse enfoque, conforme Dias (2015), a evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho. Segundo a autora, a instituição do divórcio pela emenda constitucional nº 9 de 1977 acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Nessa perspectiva, a ruptura com o modelo tradicional patriarcal, que introduziu um novo marco para o direito de família no Brasil, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, a qual agregou ao direito de família importantes direitos sociais e garantias fundamentais, as quais tiveram grande contribuição para a evolução da família brasileira e seus direitos.

A Carta Magna de 1988, portanto, configurou-se como grande marco histórico na conquista de direitos da família e também da filiação. Com a sua promulgação, a união estável foi considerada como entidade familiar tutelada jurisdicionalmente e também foi a partir desse momento que discriminação em virtude da origem da filiação foi proibida.

A definição de família, nesse contexto, foi incorporando os ideais de igualdade e afeto da contemporaneidade, à luz dos princípios trazidos pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de maneira que passou a considerar as novas formações de famílias.

2.3 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E A IDEIA DE IGUALDADE JURÍDICA

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a célula familiar passou por mais uma transformação, desta vez com ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade ao longo das décadas. Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o art. 226 do texto constitucional, tornou-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto (BARRETO, 2012).

Desta feita, a Constituição consagrou a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. Tais modificações representaram grande avanço, visto que o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio (VENOSA, 2013).

Nota-se, pois, que a Carta Constitucional procedeu grandes avanços no Direito de Família, pois ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres no contexto familiar, buscou modificar a realidade que por anos perdurou no país, na qual a família era marcada pelo patriarcalismo. Ainda, o texto constitucional conferiu especial atenção aos filhos, estabelecendo igualdade entre todos eles, sejam estes havidos dentro ou fora do matrimônio.

Nesse sentido, conforme Dias (2015), a Constituição, em seu art. 5º, parágrafo 1º, concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher. Desse modo, segundo a autora, a Constituição Federal de 1988 eliminou séculos de hipocrisia e preconceito, permitindo a ampliação do conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. O referido artigo preceitua:

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:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...]

A Magna-carta, ainda, estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família

monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não serem recepcionados pelo novo sistema jurídico (DIAS, 2015).

Em seu art. 226, § 5º, a Constituição Federal assegurou ao homem e à mulher iguais direitos e obrigações referentes à sociedade conjugal, outorgando a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. Sob esse enfoque, é válido destacar que, de acordo com Diniz (2011, p. 514), o poder familiar é entendido como:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.

Nesse mesmo sentido, Roberto João Elias (1999, p. 6), define o poder familiar como “um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”.

A partir da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei nº 8.069/90, reiterou-se que o poder familiar deveria ser conferido a ambos os genitores de maneira igualitária, conforme se vê nos artigos 21 e 22 da referida norma abaixo transcritos:

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)

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

É possível perceber que o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a Constituição, buscou eliminar a distinção entre homem e mulher, estabelecendo que o poder familiar caberia de forma igualitária a ambos os genitores, ficando estes incumbidos dos mesmos direitos e obrigações decorrentes para a devida criação dos filhos.

De acordo com o entendimento de Dias (2015), o Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto do poder familiar, deixando este de ter um sentido de dominação e passando a se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Conforme leciona Dias (2015), o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Este decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva, e as obrigações que dele fluem são personalíssimas.

Sob esse enfoque, percebe-se que o instituto do poder familiar evoluiu a partir das mudanças sociais que refletiram nos novos arranjos familiares que foram surgindo na sociedade.

Nota-se que a evolução do instituto foi muito além da substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, mas também por recepcionar em seu conceito o interesse dos pais condicionado ao interesse dos filhos e a igualdade do homem e da mulher dentro da sociedade conjugal.

Quanto à assistência direta à família, a Constituição Federal estabeleceu que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º).

Nessa perspectiva, incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais envidar esforços e empenhar recursos na efetivação da norma constitucional, na tentativa de afastar o fantasma da miséria absoluta que ronda considerável parte da população nacional (GONÇALVES, 2012).

A partir de todas essas mudanças sociais ocorridas na segunda metade do século passado, notadamente após a promulgação da Constituição Federal, com as inovações e avanços por ela instituídos em relação à família e à filiação, a legislação cível do país passou a exigir imediata atualização, tendo em vista que o Código Civil

de 1916 já não refletia há muito tempo a realidade da época. Devido a isso, nesse cenário instituído pela Carta Magna de 1988, foi aprovado o Código Civil de 2002.

2.4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS NOVAS PARENTALIDADES

Conforme leciona Gonçalves (2012), o Código Civil de 2002 destinou um título para reger o direito pessoal, e outro para a disciplina do direito patrimonial da família. Desde logo enfatizou a igualdade dos cônjuges, materializando a paridade no exercício da sociedade conjugal, redundando no poder familiar, e proibindo a interferência das pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida instituída pelo casamento, além de disciplinar o regime do casamento religioso e seus efeitos.

O Código Civil de 2002 elevou o afeto à condição de protagonista nas relações familiares, dando prioridade às famílias formadas com base no carinho e respeito mútuo. O novo código buscou adequar a legislação cível às disposições constantes da Constituição Federal, diante da nova realidade social e das novas configurações dos modelos de família na sociedade brasileira.

Nesse sentido, diante dos novos arranjos familiares presentes na sociedade contemporânea, Lôbo (2008, p. 1) aduz que:

A família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

A família contemporânea, sob esse enfoque, se pluralizou, não mais se restringindo às famílias nucleares, existindo diversos outros modelos, como as famílias monoparentais, homoafetivas e diversos outros modelos de composição familiar, todos estes baseados no afeto entre os seus membros, não sendo mais o matrimônio nem a procriação requisitos para definição do conceito de família.

A partir das sucessivas transformações legislativas, notadamente as inseridas pela Carta Magna de 1988, o Código Civil de 2002 traduziu em seu texto uma base jurídica de respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade, respeito e a própria dignidade da pessoa humana. Esses ideais passaram a nortear o direito de família, e a partir deles o conceito de família foi modificado, passando a

considerar o afeto e o amor recíproco como premissas de constituição da entidade familiar.

Tendo o legislador constituinte realizado a ampliação do conceito de família, afastou o ideal de que a composição familiar deveria ser precedida do casamento. Nesse novo cenário, os novos arranjos familiares que se apresentavam na sociedade passaram a ser reconhecidos, legitimando-se todos aqueles modelos de família constituídos não apenas pelo casamento, mas também por vínculos afetivos.

Diante disso, os modelos familiares à margem do casamento passaram a merecer tutela constitucional porque apresentam condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa (DIAS, 2015).

Nesse sentido, conforme explica Dias (2015, p. 52), no contexto social atual, “Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros”.

As inovações inseridas pela Constituição e confirmadas pelo Código Civil de 2002 também passaram a conceder proteção integral às crianças no âmbito familiar e na sociedade. No intuito de que houvesse uma maior coerência do Código Civil de 2002 com a Constituição Federal, o termo “pátrio poder” que era adotado no Código Civil de 1916 foi substituído pela expressão “poder familiar”, tendo em vista que a Carta Magna de 1988 preconizou a igualdade entre os homens e mulheres dentro da sociedade conjugal.

Diante das inovações inseridas pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002, percebe-se a grande evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, a qual passou a ser formada com base no afeto mútuo, na igualdade entre seus membros e no respeito que esta merece dentro da sociedade.

A família agora passa a configurar-se pela pluralidade de núcleos, em variadas formas, observando-se a facilitação para a ruptura do casamento civil, a paternidade responsável, o livre planejamento familiar, a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, sejam estes biológicos ou adotados,

Deve-se destacar, ainda, que a Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002, ao adotar a dignidade humana como centro do ordenamento jurídico, tratando

todos os cidadãos com igualdade e estabelecendo a estes proteção, notadamente em relação à filiação, estabeleceram as responsabilidades que os genitores devem ter para com os filhos, conforme será visto no próximo capítulo.

3 A GUARDA COMPARTILHADA E A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A guarda compartilhada foi consagrada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.698/2008, lei esta que posteriormente foi alterada pela Lei nº 13.058/2014 com a finalidade de estabelecer o significado desta modalidade e sua efetiva aplicação.

O referido instituto foi criado com o objetivo de manter a responsabilidade conjunta dos pais para com os filhos mesmo após a dissolução do vínculo matrimonial ou quando este não tenha existido, sendo tal modelo fixado também objetivando manter a convivência de ambos os genitores com os filhos, convívio este que é de suma importância para o desenvolvimento dos mesmos, diminuindo a possibilidade de ocorrência de problemas posteriores, como a alienação parental.

A alienação parental é uma ameaça ao direito da criança a um convívio familiar, conforme será visto no próximo capítulo. Este tipo de violência psicológica não é nova, mas só passou a ser regulamentada no país no ano de 2010 através da Lei nº 12.318. Antes de adentrar nessa questão, necessário se faz compreender o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme será feito a seguir.

3.1 HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO MUNDO

Em conformidade com o período histórico, a criança ocupou diversas posições no âmbito familiar. Em meados do século XVIII, no Direito Inglês, era tida como um simples objeto, que ficava sob o domínio do patriarca. Com o passar dos anos, a preferência pela guarda da criança passou a ser conferida à genitora (AZAMBUJA *et al.*, 2013).

Devido às modificações sociais ocorridas durante o século XX, notadamente aquelas referentes aos papéis do homem e da mulher na sociedade, na qual a mulher foi introduzida no mercado de trabalho e o homem, conseqüentemente, assumiu mais responsabilidade no âmbito familiar, surgiu uma necessidade de adequar-se o Direito de Família à nova realidade social (MOURA, 2012).

A inserção da mulher no mercado de trabalho gerou mudanças na estrutura familiar, no que se refere à divisão de tarefas e também em relação à educação dos

filhos. Essa mudança social ocorrida selou o alicerce para a construção de novas teorias sobre quem seria responsável pela custódia do menor a partir do desfazimento do vínculo matrimonial, quando se passou a buscar um exercício de guarda mais equilibrado, com a manutenção do contato do filho com ambos os genitores, assim como era antes do rompimento.

De acordo com Casabona (2016), juristas, psicólogos e sociólogos buscaram nova fórmula de comunicação visando garantir ao menor uma melhor qualidade de suas relações com seus genitores, buscando um modelo que exaltasse o exercício compartilhado da autoridade parental e elegesse o menor como sujeito de direitos civis, humanos e sociais.

A guarda compartilhada teve origem a partir da pretensão de ambos os genitores de compartilharem a criação e a educação dos filhos em comum, e destes manterem uma comunicação igualitária com ambos os pais após o término do convívio do casal, não apenas nestes casos de famílias desassociadas, mas também nos casos em que os filhos são concebidos fora do convívio conjugal (CASABONA, 2016).

Nesse sentido, a ideia de guarda compartilhada ou conjunta é um modelo importado de outros países, que teve origem na *Common Law*, no Direito Inglês, na década de 60, quando houve a primeira decisão de custódia conjunta (*joint custody*) na Inglaterra, passando posteriormente a ser adotada na França, Canadá e nos Estados Unidos (AZAMBUJA *et al.*, 2013).

Na Inglaterra, que utilizava o sistema jurídico *Common Law*, de maneira predominante era entendido a ideia na qual o pai era proprietário de seus filhos, ficando a seu cargo, necessariamente, a atribuição da guarda em caso de conflito.

Aduz Leite (2008, p. 266):

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a Court d Appel da Inglaterra, na decisão Jussa x Jussa, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980 a Court d Appel da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper x Dipper, o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

Na França, esse instituto teve surgimento no ano de 1976, sendo prontamente assimilado pela jurisprudência francesa, com o objetivo de minorar as injustiças provocadas pela guarda exclusiva, assim como havia sido constatado na Inglaterra (GRISARD FILHO, 2014).

Desse modo, a legislação francesa da época determinava que os direitos e deveres dos pais deveriam permanecer normalmente após do divórcio, fazendo com que o modo unilateral fosse considerado uma exceção, ou seja, a regra seria o compartilhamento das obrigações.

Depois de se difundir em países da Europa, o instituto da guarda compartilhada chegou às Américas com aplicabilidade no Canadá, Argentina, Uruguai e principalmente nos Estados Unidos, no qual a maioria de seus estados já adota esse modelo de divisão das responsabilidades, de maneira que o compartilhamento nesse país hoje é uma regra, devendo a exceção ser muito bem fundamentada para ser admitida (GRISARD FILHO, 2014).

No Brasil essa espécie passou a ser regulada através da Lei nº 11.698/2008, com o objetivo de respeitar, em maior escala, os direitos fundamentais dos envolvidos, em consonância e harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal, apesar deste modelo já ser aplicado pelos magistrados muito antes da edição da lei.

A referida Lei passou a reconhecer o equilíbrio entre os pais na criação de seus filhos, garantindo, assim, o melhor interesse da criança e do adolescente, já que permite que as mesmas tenham plena convivência com os pais, além de atender o princípio da igualdade entre os cônjuges na responsabilidade dos filhos. Desta forma o compartilhamento da guarda, que antes era visto como exceção, já que só era disciplinado se fosse previamente acordada entre os cônjuges, passou a ser regra no ordenamento jurídico brasileiro deixando a tradicional forma unilateral como uma exceção para ser aplicada apenas quando não há interesse das partes.

Muitas foram as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que surgiram após a entrada em vigor da Lei nº 11.698 de 2008, no que se refere ao poder familiar e essa espécie de guarda do menor, e por isso, foi publicada a Lei nº 13.058 de 2014, a fim de disciplinar e esclarecer sobre a expressão guarda compartilhada e estabelecer sobre sua aplicação, e também de dispor acerca do exercício do poder familiar.

3.2 DESENVOLVIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme dito anteriormente, o referido instituto foi positivado no Brasil a partir da promulgação da Lei nº 11.698/2008. Em decorrência das mudanças advindas com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro teve que se adequar às novas realidades sociais, notadamente às alterações da família, na qual a mulher teve sua inserção definitiva no mercado de trabalho e o homem deixou de ser o único chefe da família, passando a ser corresponsável, juntamente com a esposa, pela entidade familiar, tendo os mesmos direitos e obrigações.

Segundo Gonçalves (2012), antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.698/2008, a doutrina e a jurisprudência já faziam referência sobre a inexistência de restrição legal à atribuição das obrigações com os filhos menores a ambos os genitores, depois da ruptura da vida conjugal, sob a forma de guarda compartilhada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no art. 1º, “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, estabelecendo, no art. 4º, que é “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade”, dentre outros direitos expressamente mencionados, os referentes à “convivência familiar”, demonstrando a importância que o aludido diploma confere ao convívio dos menores com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento.

Conforme leciona Gonçalves (2012, p. 252):

Um novo modelo passou, assim, aos poucos, a ser utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos e divorciandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos. Tal sistema é muito utilizado nos Estados Unidos da América do Norte com o nome de *joint custody*.

A Lei nº 11.698/2008 introduziu alterações marcantes para o Código Civil de 2002 no tocante a proteção dos filhos, e principalmente no que se refere à guarda. O Capítulo XI, Título I do CC/2002, denominado “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”,

teve seus artigos 1.583 e 1.584 modificados em decorrência da promulgação da Lei nº 11.698/2008, que instituiu e regulamentou a guarda compartilhada.

Como ressalta Lôbo (2011, p. 188-189):

A guarda compartilhada era cercada pelo ceticismo dos profissionais do Direito e pela resistência da doutrina, que apenas a concebia como faculdade dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos emergentes da separação. Havia difundido convencimento de que a guarda compartilhada dependia do amadurecimento sentimental do casal, da superação das divergências e do firme propósito de pôr os filhos em primeiro plano, o que só ocorria em situações raras. A lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separaram. Ao contrário, quando não houver acordo “será aplicada” pelo juiz, sempre que possível, na expressa previsão do parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei. n. 11.698, de 2008.

Este instituto legal surgiu através do Projeto de Lei nº 6.350/02, de autoria do Deputado Tilden Santiago, o qual afirmava, na justificativa para a elaboração da proposta, que a adoção do modelo da guarda compartilhada já era uma realidade social e judiciária, tendo em vista que a referida modalidade já era adotada pelos Tribunais, embora ainda não fosse positivada, defendendo, então, que deveria ser assegurado o melhor interesse da criança e a igualdade entre os genitores na responsabilização por seus filhos.

A Lei nº 11.698/2008, que alterou o art. 1.583 do Código Civil, trouxe, no parágrafo 1º do referido artigo, a definição de guarda compartilhada, definindo-a como sendo “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Segundo Grisard Filho (2014, p. 79), se trata de “um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente”. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores, sendo considerados como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.

Nesse sentido, Coelho (2012, p. 238) aduz que “Na guarda compartilhada (ou *conjunta*), os dois pais continuam a titularizá-la, mesmo após o desfazimento da sociedade conjugal. Nessa alternativa, o filho tem duas residências, uma com o pai, outra com a mãe”.

Sobre essa espécie, Akel (2010, p. 1) aduz que:

A Guarda Compartilhada de forma admirável favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a idéia de posse. Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole. A finalidade principal desta modalidade de guarda é diminuir os possíveis traumas oriundos da ruptura da sociedade conjugal, visando sempre o benefício do menor, mantendo entre a família a presença de duas figuras essenciais, a paterna e materna, que juntas, somando esforços, devem assumir e acompanhar o desenvolvimento mental, físico social da criança.

Nesse sentido, entende-se por guarda compartilhada o modelo em que tanto o pai quanto a mãe dividem as responsabilidades sobre os filhos menores, assim como compartilham as obrigações acerca das decisões importantes relativas à vida das crianças, como educação, saúde, bem-estar, etc, colocando o melhor interesse dos filhos como prioridade.

Segundo Dias (2015), os fundamentos desse modelo são de ordem constitucional e psicológica, tendo como objetivo basicamente o de garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, permitindo com que estes estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. De acordo com a autora, a participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. O modelo é indispensável para manter os laços afetivos, pois minora as sequelas que a separação ocasiona nos filhos, ao conferir aos pais o desempenho da função parental de forma isonômica.

A finalidade desse compartilhamento dos filhos, portanto, é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, freando a irresponsabilidade que a modalidade unilateral provoca. Para isso, é necessário que se mudem alguns paradigmas,

levando-se em consideração a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Com a promulgação da Lei nº 11.698/2008, o legislador passou a privilegiar a modalidade de tutoria compartilhada em detrimento da unilateral, no intuito de garantir o melhor interesse do menor. Conforme preceitua Gonçalves (2012, p. 252):

A Lei n. 11.698/2008 chegou em boa hora, assegurando “a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC, art. 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA, art. 249)”.

Nesse sentido, a guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também engloba todos os outros atributos da autoridade parental, que devem ser exercidos de maneira comum, no qual os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos. Conforme aduz Grisard Filho (2014, p. 419), surge de duas considerações, quais sejam:

O reequilíbrio dos papéis parentais, levando-se em conta o princípio da igualdade entre homem e mulher; e o de garantir respeito absoluto ao princípio do melhor interesse da criança, que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária capaz de suprir todas as suas necessidades.

Essa modalidade surgiu da necessidade de se encontrar uma nova solução para que pais e filhos continuassem a conviver de forma efetiva e mantivessem seus vínculos afetivos. Neste novo modelo, segundo o autor, a guarda perde a conotação de posse, privilegiando o melhor interesse do menor e, por consequência, dos genitores, na medida em que privilegia a ideia de compartilhamento de direitos e obrigações.

Como bem destaca Dias (2015, p. 523):

Mesmo antes de inserido na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juizes. Além disso, as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício. Agora a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 §1º). Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor a tende ao interesse dos filhos.

Trata-se, naturalmente, de uma modalidade de guarda que não deve ser imposta como solução para todos os casos, sendo contraindicada para alguns. No entanto, sempre que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, o compartilhamento deve ser incentivado.

A aplicação desse instituto pode ser feita, portanto, mediante consenso ou determinação judicial. Caso não seja convencionada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, esta pode ser pleiteada em ação autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria. Essas formas de estabelecimento estão previstas no art. 1.584 do Código Civil, em sua nova redação dada pela Lei nº 11.698/2008:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

De acordo com Gonçalves (2012), a lei impôs ao juiz o dever de informar os pais sobre possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, explicando seu significado, mostrando as prerrogativas e os pontos positivos dessa modalidade. Preceitua o parágrafo 1º do art. 1.584 do Código Civil:

Art. 1.584. [...]
§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

No entanto, a modificação no Código Civil advinda com a Lei nº 11.698/2008 pouco contribuiu para o fortalecimento desse instituto, já que a norma contida no art. 1.584, § 2º previa que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Diante disso, essa modalidade de guarda encontrava muita resistência entre os membros do Ministério Público, com atuação nas Varas de Família, os quais normalmente eram contrários à sua fixação. Nesse sentido, conforme discorre Mansur (2016, p. 1):

Não obstante, na prática, o que ocorria na maioria das situações judiciais, era o litígio entre os genitores, ou seja, uma relação desarmoniosa e desrespeitosa, sem o consenso quanto a definição da guarda dos filhos, cabendo ao magistrado determinar, na maioria das vezes, uma guarda unilateral a um dos genitores, e destaca-se que um índice superior concedido às mães em detrimento aos pais, talvez por questões culturais e históricas, já que a nossa Constituição Federal proclamou que todos são iguais perante a lei, seja homem ou mulher, mas desde que, no caso da concessão da guarda, tal genitor demonstre possuir melhores condições para exercer a guarda do filho.

Posteriormente veio a Lei nº 13.058/2014, que foi originada do Projeto de Lei Complementar nº 117/2013, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá do PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), o qual tramitou por três anos na Câmara dos Deputados, sendo aprovado pelo Senado Federal em 26 de novembro de 2014, e em seguida fora sancionada sem vetos pela então Presidente da República. Essa lei veio com a finalidade de esclarecer o significado da expressão “guarda compartilhada” além de dispor sobre sua aplicação, modificando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil.

A referida lei estabeleceu que, quando não houver acordo entre os pais quanto à tutela do filho, e ambos os genitores se encontrem aptos a exercer o poder familiar, deverá ser aplicada a guarda compartilhada, exceto quando um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a tutela da prole.

A Lei nº 13.058/2014 alterou o parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.584. [...]

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

A partir da nova redação dada ao dispositivo retrotranscrito pela Lei nº 13.058/2014, a discussão sobre a imposição da guarda compartilhada no Brasil ganhou bastante relevância. Nesse sentido, embora a lei seja impositiva, estabelecendo-a como regra, é certo que os genitores não são obrigados a adotá-la, bastando que um deles manifeste ao juiz que não tem interesse mesma.

Azambuja *et al.* (2013, p. 14) ponderam que:

[...] mesmo sem o consenso dos pais, pode o juiz determinar o compartilhamento tendo como norte o melhor para a criança. Fica a pergunta: é possível atender ao melhor interesse da criança impondo, de modo compulsório, um tipo de guarda que exige a cooperação de ambos os pais, mesmo sem o consentimento dos genitores?

Mesmo não estando o juiz adstrito às conclusões do laudo técnico, a manifestação de profissionais habilitados deve ser valorizada pelo magistrado, tendo em vista que diz respeito a uma decisão que irá interferir diretamente na vida do menor.

A Lei nº 13.058/2014 contempla, ainda, a hipótese de que a guarda não possa ser exercida pelos genitores, como nos casos em que a negligência, a violência e o abuso se fazem presentes nas relações pais e filhos. Neste caso, cabe ao magistrado deferir-la à pessoa (ou pessoas) que revele melhor aptidão para executar tal mister, devendo ser observado, para a escolha, na medida do possível, as relações de parentesco, afinidade e afetividade da criança com o pretense guardião.

Art. 1.584. [...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de

preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Nesse contexto, de acordo com Gonçalves (2012), os Tribunais, mesmo antes do novo regramento, têm determinado, em diversos casos, a tutela compartilhada de um dos pais com terceira pessoa, ou seja, por exemplo, de um dos genitores com um dos avós, de um dos genitores com tio ou tia do menor, de um dos genitores com a ex-mulher ou ex-companheira daquele genitor, de um dos genitores e terceira pessoa, não parente, mas ligada ao menor por fortes laços de afetividade e afinidade.

Ainda, o parágrafo 6º do art. 1.584 do Código Civil de 2002 determina que:

Art. 1.584. [...]

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

Essa previsão traz segurança aos genitores que não são detentores da guarda, os quais, muitas vezes, eram privados de informações básicas acerca da rotina de seus filhos por causa do outro genitor.

Se pai e mãe desejarem a tutoria do filho, e não haja impedido algum que possa ser considerado nocivo à convivência compartilhada, o direito será concedido a ambos. Contudo, se algum dos pais tiver algum impedimento, por certo o magistrado não concederá a guarda compartilhada, de modo a garantir o bem-estar do menor.

Diante disso, observa-se que o referido instituto apresenta grandes vantagens, principalmente no que se refere ao direito de convivência dos filhos com ambos os genitores. De acordo com Fontes (2009), inúmeras são as vantagens que esse compartilhamento proporciona para as crianças, tendo em vista que estas usufruem de um convívio maior com ambos os pais, o que fomenta uma convivência parental sadia e harmoniosa, acarretando num crescimento e desenvolvimento mais sadio e feliz: as crianças possuem melhor autoestima, são mais seguras, gozam de melhor desenvolvimento psicossocial, entre outras.

Nesse sentido, Dias (2015, p. 523) afirma que “o modelo de corresponsabilidade é um avanço, pois retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais”.

Casabona (2006), por seu turno, aduz que a guarda compartilhada tem o mérito de favorecer a colaboração parental e a preservação de sentimentos não excludentes, os quais geralmente decorrem da atribuição unilateral. Segundo o autor, o modelo de compartilhamento mantém, apesar da ruptura do casal, o exercício em comum da autoridade parental, reservando, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem aos filhos menores comuns.

Ainda segundo Casabona (2006), por essas razões, essa coparticipação deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pelos filhos, mas seu grande mérito reside no fato de que o não guardião deixa de ser um mero observador para se tornar participante e responsável na vida do menor.

Acerca da importância da aplicação do compartilhamento da guarda dos filhos, aduz Dias (2015, p. 517):

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venham a ocorrer.

Para que o modelo compartilhado venha a ter êxito, sua aplicabilidade exige dos cônjuges uma neutralização de suas brigas, mágoas e frustrações. Todavia mesmo na situação em que esses ressentimentos persistem, o bem-estar do menor deve ser colocado em prioridade, não abrindo mão desta modalidade de convívio, pois esta é que melhor atende ao interesse dos filhos (DIAS, 2015).

Denota-se, pois, que a guarda compartilhada só alcançará sucesso se os genitores tiverem consciência, bom senso e cooperarem na criação dos filhos, devendo ser deixadas de lado eventuais discordâncias e rancores pessoais para que sempre prevaleça o melhor interesse do menor.

É sabido, que nem sempre a dissolução de um relacionamento é aceita por ambas as partes, sendo comuns divergências entre o casal após o fim do vínculo conjugal. O não compartilhamento da guarda do filho, aliado a um desejo de vingança

e a não aceitação no rompimento, faz com que os filhos acabem sofrendo mais por serem a parte mais vulnerável, muitas vezes tornando-se um meio utilizado para um genitor atingir o outro; principalmente nas situações em que o genitor que possui a guarda unilateral dos filhos passa a utilizar os menores para atingir o outro genitor. Esse comportamento pode acabar provocando problemas psicológicos no filho, problemas esses que nem sempre conseguem ser superados e acabam fazendo parte da vida adulta da criança, interferindo no seu desenvolvimento, caracterizando a chamada alienação parental, conforme será visto no próximo capítulo.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL: A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA EVITAR ESSE COMPORTAMENTO

O convívio familiar é um direito da criança, está previsto na Carta Magna e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas vem sendo ameaçado pela alienação parental. Este tipo de violência psicológica não é novidade, porém só passou a ser regulamentada no país no ano de 2010 através da Lei nº 12.318/2010. Acerca do direito ao convívio familiar, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que:

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

A Alienação Parental consiste na interferência no psicológico da criança ou adolescente no seu ambiente familiar, podendo ser causada por seu guardião ou outro membro da família diante de uma separação familiar indesejada pelo alienador. Várias são as causas que podem levar um alienador a cometer tal ato, como por exemplo: inveja, vingança, ciúme, insatisfação (BUOSI, 2012).

Essa violência psicológica ocorre quando o menor é utilizado para atacar o ex-cônjuge ou ex-companheiro, por não aceitar a dissolução do relacionamento ou por querer conseguir vantagens provocando a sensibilidade do alienante o mantendo afastado de seu filho.

O alienador acaba provocando um sentimento de ódio e repúdio da criança ou adolescente para com o seu outro genitor através da violência psicológica que lhe é exercida, na qual o menor passa a ter uma relação de dependência e submissão com o seu genitor alienante.

A Lei 12.318/2010 incluiu a Alienação Parental no âmbito jurídico brasileiro, definindo-a e trazendo um rol exemplificativo das maneiras utilizadas para alienar uma criança, caracterizando os envolvidos. Apresenta também algumas medidas a serem tomadas pelo juiz ao verificar a existência da alienação, entre outros aspectos.

A referida lei também prescreve a regulamentação legal específica das sanções aplicáveis à alienação parental, como estipulação de multa, alteração da guarda e

suspensão ou perda do poder familiar, visando combater esse grave problema e proteger as crianças e adolescentes deste tipo de violência.

A Lei 12.318/2010 é de grande importância visto que essa forma de abuso é uma grande ameaça para as famílias, ocasionando a ruptura de um ambiente familiar, atingindo de maneira notável a relação entre o genitor e o filho, bem como a saúde e o desenvolvimento do menor, devendo, portanto, ser identificada e combatida com rapidez e eficácia por meio de medidas legais.

O artigo 2º da Lei 12.318/2010 traz o seguinte conceito sobre alienação parental:

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.

A lei foi criada diante das devastadoras consequências causadas pela alienação que existe há muito tempo e, antes de sua criação, era suprida pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém com o passar do tempo a situação foi ficando crítica, impondo a necessidade de uma maneira mais enérgica e direta que tratasse do assunto e tivesse como prioridade o bem-estar da criança.

O Projeto de Lei 4053/2008, que dispunha sobre a Alienação Parental teve em 15 de julho de 2009, o seu substitutivo aprovado pela Comissão de Seguridade Social

e Família, passando pela Comissão de Constituição e Justiça, e, confirmado no Senado, seguiu para a sanção Presidencial em 26 de Agosto de 2010, nascendo, assim, a Lei 12.318, de 26 de Agosto de 2010.

Com a sanção em 2010 da Lei n. 12.318, o termo se popularizou e aumentaram os casos na Justiça que envolvem pais ou mães que privam seus filhos do contato com o outro genitor. A lei prevê punições para quem comete a alienação parental que vão desde acompanhamento psicológico e multas até a perda da guarda da criança.

Sobre a referida lei, Perez (2013, p. 70) expõe:

A lei, portanto, não trata do processo de alienação parental necessariamente como uma patologia, mas como uma conduta de intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza. À definição jurídica estrita, acrescentaram-se como hipótese de alienação parental as assim caracterizadas por exame pericial, além de outras previstas em um rol taxativo em lei. Tal rol tem o sentido de atribuir ao aplicador da lei maior grau de segurança para o reconhecimento da alienação parental, quando for o caso, ou de seus indícios.

Assim, a tipificação da Lei 12.318/2010 foi de grande importância, não só para o ambiente familiar, como também para a sociedade já que o Judiciário não pode mais se eximir de penalizar os genitores que exercem essa violação ao direito das crianças e adolescentes. Além do mais, a lei não apenas definiu o que é alienação parental como também estabeleceu mecanismos efetivos para combatê-la e preveni-la.

De acordo com uma pesquisa do IBGE (2011), na maior parte dos casos a guarda dos menores fica com a mãe (percentual superior a 90%), sendo mais comum as mães serem alienadoras instigando seus filhos contra o ex-companheiro, influenciando a criança ou adolescente acreditar que seu pai é perigoso, que não se interessa por ele, que pode lhe fazer algum mal, que vai abandoná-lo, impedindo de alguma forma que o pai visite o filho, impedindo a aproximação do filho com a família paterna, entre outras coisas.

Freitas (2014, p. 25) expõe a maneira que o alienante utiliza para alienar seu filho contra outro genitor, sendo capaz de utilizar-se de qualquer meio para atingir o seu alvo:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador,

modifica a consciência de seu filho, por estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real.

O comportamento dos genitores pode acabar provocando problemas psicológicos na criança ou adolescente por ter vivenciado essa situação, problemas esses que nem sempre conseguem ser superados e acabam fazendo parte da vida adulta da criança, interferindo no seu desenvolvimento. Os alienadores alegam querer o melhor para os seus filhos e acabam tentando justificar o comportamento de sua conduta na busca de benefício para os menores.

Na maioria dos casos os alienadores realmente não conseguem perceber a quão maléfica é a sua ação, não imaginam o quanto estão prejudicando a quem eles tanto amam. Em vista disso, a Lei nº 12.318/2010 é de suma importância para a solução desses conflitos sendo um meio de frear o comportamento do alienador, devolvendo um ambiente saudável para o crescimento dos menores, impedindo que eles cresçam nesse ambiente conturbado e tenham sua saúde psicológica comprometida.

4.1 COMPORTAMENTOS QUE IDENTIFICAM A ALIENAÇÃO PARENTAL

Uma das tarefas mais difíceis para a justiça é provar que naquele ambiente familiar está ocorrendo uma alienação parental, por isso é importante que a Vara de Família e os assistentes sociais fiquem atentos a todos os atos para que não se confunda o agressor com a vítima, fazendo com que a violência perpetue por mais tempo.

Os genitores alienantes premeditam suas ações com o intuito de distanciar seus filhos do outro genitor, não se abstendo de qualquer meio que o ajude a alcançar o seu objetivo.

É impossível esboçar um perfil correto do alienante, não sendo possível identificar com precisão as características da pessoa que pratica a alienação, pois o comportamento deles é bastante criativo, impossibilitando dizer quais serão os seus

passos. Sob esse enfoque, Dias (2013, p 25-26) aponta algumas características que podem ajudar a identificar o alienante, demonstrando algumas ações peculiares do familiar alienante:

Apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe, interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos, desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros, desqualificar o outro cônjuge para os filhos, recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas etc.), falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor, impedir visitação, "esquecer" de transmitir avisos importantes/compromissos (médicos, escolares, etc.), envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos, tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro, trocar nomes (atos falhos) o sobrenomes, impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos, sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas, alegar que o outro cônjuge não tem disponibilidade para os filhos, falar das roupas que o outro cônjuge comprou para os filhos ou proibi-los de usá-las, ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge, culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos, ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro, obstrução de todo contato, falsas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual, deterioração da relação após a separação e reação de medida parte dos filhos.

O abuso emocional também se caracteriza nas ações do alienante, pois ele permite que a criança faça tudo o que quer sem que seja contrariada, para assim manter um laço de afeto e confiança forte, capaz de fazer com que a criança seja manipulada e assim alcance seus objetivos, visto que o outro genitor passa a ser reconhecido como o "chato" pela criança, que apenas impõe ordens e delimita as ações do seu filho, estabelecendo os deveres da criança em primeiro lugar, diferente do alienante, que permite que a diversão prevaleça na rotina do menor (BUOSI, 2012).

O alienador age de maneira calculista, observa tudo para que possa inventar ou modificar uma história que irá apresentar ao menor e o fará acreditar que seja verdadeira. O genitor alienante pode contar com ajuda de irmãos mais velhos para induzir os mais novos, pois os irmãos mais novos tendem a imitar os irmãos mais velhos; dessa maneira, quando o mais novo presenciar seus irmãos mais velhos tratando seu outro genitor com indiferença, ele é influenciado e começa a fazer parte da alienação com uma maior facilidade (TRINDADE, 2013).

O alienador faz uma "lavagem cerebral" no menor, deixando-o totalmente dependente dele e induzindo o mesmo a acreditar verdadeiramente nas suas

mentiras, sendo incapaz de enxergar o que realmente está acontecendo ao seu redor. Acreditando que o seu genitor seja uma pessoa malvada e capaz de lhe prejudicar, o menor não confia em outra pessoa que não seja o alienante por tê-lo sempre ao seu lado, o que lhe transmite uma confiança e um sentimento de proteção por parte do alienante.

O filho passa a ter medo de desagradar o alienador pois sente nele, devido à alienação, um apoio maior, uma segurança, e acaba fazendo de tudo para não o magoar, se mantendo afastado de seu outro responsável, evitando qualquer tipo de aproximação que desagrade o alienador, mantendo-se submisso às vontades dele.

O menor se sente tão protegido pelo alienante que se torna difícil o convívio com outras pessoas, pois ele se sente em estado de perigo quando se vê longe do genitor alienador, tem dificuldades em conviver com pessoas mais velhas, não consegue confiar em outra pessoa que não seja o alienador e, com isso, se torna uma criança chata, isolada, com dificuldades no convívio social.

Ou seja, através da “lavagem cerebral” que é realizada, a criança é induzida a acreditar em algo que não ocorreu e acaba odiando o seu outro genitor, e se mantém afastado do alienado com medo do alienante ficar magoado por causa da aproximação. Os malefícios são inúmeros, e várias são as vítimas dessa violência que não atinge apenas o filho alienado, mas se estende para os familiares e amigos próximos, sendo algo que devasta toda a família e propicia consequências gravíssimas, privando o filho de uma relação saudável, duradora e importante com seu outro genitor.

As consequências no desenvolvimento psicológico do filho do alienado são muito fortes e, muitas vezes, incuráveis. O rompimento na relação do pai/mãe com o filho acarreta frustrações irremediáveis para o menor assim como para o pai. A criança ou adolescente tem todos os artifícios para se tornar um adulto depressivo, complexo e violento, o que será um desastre no seu crescimento, pois o tornará um adulto sem socialização, com dificuldades de enfrentar problemas, que precisará de constante ajuda. Eles poderão desencadear uma série de distúrbios que serão presença no desenvolvimento e na fase adulta da criança, impedindo-a de se relacionar como as demais pessoas da sua idade e de outra faixa etária (PEREZ, 2013).

A criança que sofre a violência pode ser acometida de distúrbios mais sérios como alcoolismo e uso drogas, podendo vir a cometer suicídio, por acreditar ser culpado da situação, ou por entender ter sido cúmplice do alienador. São

consequências bastante sérias que trarão prejuízo, tormento, angústia e aflição a vida adulta daquela criança.

Quando não se sentem culpados em participar da alienação, por acreditarem ter feito parte de toda a violência, as crianças podem se tornar pessoas com facilidade para mentir, manipular, sendo intolerantes diante das dificuldades e contradições, capazes de utilizar qualquer artifício para alcançar seus objetivos. Podem, portanto, se tornar adultos sem caráter e sem escrúpulos, visto que a pessoa que deveria lhe dar bons exemplos o criou desta maneira, então toda aquela maneira asquerosa de agir se torna normal aos olhos do menor, podendo fazer dele uma cópia do alienador (FREITAS, 2014).

Resta claro que, mesmo de forma involuntária, os pais alienadores provocam consequências drásticas na vida de seus filhos com a finalidade de conseguir uma “vingança” ao acreditar ter sido traído, abandonado, e não levam em consideração que aquele comportamento poderá destruir sua família, visto que os filhos poderão não “digerir” toda aquela situação ocasionando um grande mal ao psicológico da criança com consequências que serão levadas por toda a vida podendo levar que as mesmas passem a agir de maneira semelhante com seus filhos ou com outra pessoa em outra fase de sua vida, reproduzindo, assim, o comportamento de seu genitor alienante.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENANTE

A alienação parental é um ato ilícito previsto na Lei nº 12.318/10 e por isso surge o dever de indenizar. Pode-se entender que, nessa situação, tanto o genitor afastado quanto a criança são vítimas da violência, então a responsabilização deve ser estendida a ambos.

As punições existentes na Lei nº 12.318/10 não possuem caráter compensatório no que diz respeito às lesões já sofridas pelo alienado e pelo seu filho. É assegurado no artigo 6º da referida lei, na qual também se encontram as penalidades, que o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil aplicar as medidas punitivas. Assim, além das penalidades apresentadas na lei da alienação, ainda fica resguardado o direito de ser pleiteada a

reparação de danos, decorrentes da responsabilidade civil do alienador, ao praticar os atos ilícitos.

Sendo assim, se entende que, para se configurar a responsabilidade civil na esfera familiar, basta que seja reconhecido o ato ilícito envolvendo a alienação parental, não necessitando de norma jurídica específica. Os pressupostos necessários para configuração da responsabilidade civil são a ação ou omissão, nexos de causalidade, culpa e dolo do agente e o dano.

O dano é o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito. É a perda ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em decorrência da conduta do agente, gerando para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se encontrava antes do dano ou, ainda, para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação.

Cabe ressaltar, diante disso, que além do filho, tanto o pai quanto a mãe alienado sofre danos morais, seja pela imagem denegrida ou pela restrição de se conviver com o filho, como ainda pela perda de afetividade do filho injustificadamente e, por esta razão, deve haver a responsabilização do genitor alienador.

O dano, portanto, não se limita apenas ao genitor alienado, mas ao filho que também foi privado de conviver com o pai e que teve a sua integridade psíquica e moral atingidas por falta de liberdade de pensamento e pelas influências de “falsas memórias” implantadas pelo genitor alienador, o que vai influenciar de forma direta em sua personalidade e identidade.

4.3 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DE CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Como pôde ser visto, a alienação parental ainda é um tema que causa uma grande polêmica, por se referir a uma forma de abuso contra o menor, que pode ocorrer no início, durante ou pós-processo de divórcio, configurando conflitos dolorosos e duradouros entre os genitores ou por quem detém a guarda do menor.

Quando o genitor percebe que está ocorrendo à alienação este deve procurar ajuda imediatamente e não deixar que aquela atitude se prolongue por mais tempo, o que dificilmente acontece, já que em muitos casos, demora muito tempo para essa forma de abuso ser identificada, tornando-se tarde demais para tomar as medidas necessárias,

O genitor, tendo provas de todas as circunstâncias que caracterizem essa forma de abuso, deve procurar o poder judiciário para tomar as medidas cabíveis ao caso ou se dirigir ao conselho tutelar para que o órgão possa intervir. Deve ingressar em juízo pedindo provimentos judiciais que cessem a situação da alienação parental, como também procurar o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca em que reside para que possa pedir informações de como lidar com o caso e para que sejam adotadas as providências previstas pela Lei nº. 12.318/2010. Se o promotor perceber durante ações processuais a existência de um caso de alienação, ele deve agir de acordo com a sua função legal para garantir a preservação do direito de crianças e adolescentes, orientando a vítima quanto à possibilidade de ajuizamento de ação para apurar o fato e levar a coibir a continuidade das condutas alienadoras, ou, de acordo com a gravidade do caso, e a situação social da vítima, ajuizar ele próprio a ação.

Uma das melhores formas de lidar com esse tipo de situação, de acordo com Ullman (2015), é ajuizar uma ação de Regulamentação de convivência que, embora não seja uma maneira tão rápida, podendo durar até 90 dias, é uma das maneiras mais eficazes. Segundo a autora, o conhecimento e a informação são as melhores alternativas para evitar que tais tipos de violência tenham sucesso, os pais precisam conhecer seus direitos e deveres para que possam saber quando eles estão sendo violados e, assim, possam intervir da melhor maneira possível assessorados de profissionais competentes para atuar nesse tipo de caso.

O genitor que detiver a guarda do menor terá de cumprir as medidas impostas pela justiça normalizando os horários e os dias de visitas e permitindo a relação entre o pai e filho. Aquele que descumprir a ordem do juiz será punido com medidas de correção que são progressivas e cumulativas podendo lhe ser imposta uma medida mais severa, que será a prisão.

Porém, o mais aconselhável seria que antes de procurar intervenção por parte da justiça, o genitor alienado busque ajuda psicológica para a vítima com vistas a iniciar um acompanhamento. Caso não consiga manter o diálogo com o genitor alienador e este se negar a ajudar no processo de reconstrução do relacionamento, o genitor alienado deve procurar a ajuda do poder judiciário para barrar a alienação procedida pelo outro genitor (BUOSI, 2012).

Diante da verificação de indícios da alienação parental, o artigo 4º da Lei 12.318/2010 impõe as seguintes medidas:

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.

Para que o juiz possa julgar conflitos que envolvem família, principalmente quando se está diante do processo de alienação parental, o que requer cuidado e atenção, o magistrado deverá contar com a ajuda de órgãos auxiliares e especialistas da área da psiquiatria forense, tais como, assistente social, psicóloga e psiquiatras. Os profissionais desta área utilizarão seus conhecimentos para buscarem provas contundentes desse abuso.

O judiciário deve aplicar sanções de acordo com a gravidade do caso, sendo ainda necessário que ocorra uma uniformização nas decisões para que se estabeleça uma conduta moralizadora que imponha receio aos possíveis agressores e evite esse tipo de agressão.

Diante do mal que a essa forma de violência pode causar às suas vítimas, a Lei nº 12.318/2010 surgiu como importante ferramenta para estabelecer medidas coercitivas aos alienadores, que vão desde a advertência, até a alteração da guarda e a suspensão do poder familiar, cabendo ao julgador decidir quais serão aplicadas aos casos concretos.

4.4 A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Conforme tratado nos capítulos anteriores, ao o Estado por meio de leis deve atuar de maneira a priorizar o bem-estar dos menores, evitando assim que situações como a alienação parental ocorra com os mesmos.

No ambiente familiar, o qual em tese, estaria a criança protegida, pode ocorrer inúmeras situações que acabam por colocá-la em iminente risco a sua integridade física e psíquica. Pois, genitores que acabam por ficarem inconformados com o rompimento conjugal, podem passar a usar a guarda dos filhos como uma arma para

atingir o ex-cônjuge comprometendo o saudável desenvolvimento dos filhos por meio da prática de atos de Alienação Parental.

Acerca desse estado durante a separação, aduz Dias (DIAS, 2015, p. 116):

O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período de vida em comum. Passa a haver verdadeira disputa pelos filhos, além de excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos.

Segundo Dias (DIAS, 2015) a guarda do filho pode se transformar em uma arma quando implantada de maneira errada, abrindo espaço para que ocorra a alienação parental, já que a modalidade unilateral pode contribuir para dificultar e distanciar o convívio e a relação dos menores com um dos genitores, já que o outro dispõe de muito mais tempo com o mesmo.

Como já se pode observar na leitura anterior, um dos fatores facilitadores da prática desse tipo de abuso é o tempo em que o alienante possui com os menores em seu poder, controlando toda a rotina e o comportamento do menor, afastando o outro genitor, impedindo que o mesmo possa manter os laços afetivos.

Sobre esse contexto BUOSI (2012, p. 142):

Ao impossibilitar o convívio exclusivo com somente um dos genitores e diminuir o desejo e a possibilidade de empoderamento por parte do possível alienador, o fenômeno da Síndrome da Alienação Parental ficará mais distante de instalar-se naquele núcleo familiar, haja vista que o cotidiano da criança com ambos os pais gera recordações precisas de bons momentos, o que impede a incrustação de falsas memórias.

Ainda nesse contexto Sandri (2013, p. 153) aduz:

A guarda unilateral pode fomentar os sentimentos possessivos do genitor guardião em relação aos filhos, possibilitando a ocorrência da alienação parental. Diante disto, a decisão judicial que atribui a guarda do filho a um ou a outro genitor, deve estar calcada no princípio constitucional do melhor interesse da criança, quando não for possível a guarda compartilhada.

Apesar dos inúmeros benefícios do modelo de compartilhamento, o unilateral continua sendo o modelo mais implantado no judiciário. Isso ocorre primeiro por questão histórica, por ser a primeira espécie implantada no judiciário e sendo comum ser utilizada informalmente por decisão dos próprios genitores; segundo pela questão cultural, ficando os filhos menores quase sempre aos cuidados da mãe. (DIAS, 2015).

Assim, mantendo os interesses do menor e seu direito a convivência com ambos genitores, é importante a aplicação desse modelo de gerência de responsabilidades em comum, por ser a que mais protege os menores diante das inúmeras mudanças na vida que vem após a separação dos pais. Porém a aplicação desse modelo é ligada ao interesse dos genitores, sendo infelizmente pouco utilizado, já que quando há uma dissolução muito conflituosa, o estado emocional é colocado acima do interesse dos filhos (DIAS, 2015).

Ocorre que, para ser implantada e surtir os efeitos esperados, é necessário que ambos os pais em comum acordo a desejem, já que caso venha a ser imposto pelo magistrado sem o consenso dos genitores ou até mesmo com este, mas entre pais que vivam em constante discussão, esta experiência poderá ser desastrosa podendo trazer mais problemas ainda para o menor. Este é o posicionamento defendido por Madaleno (2013, p. 440):

[...] para que a guarda conjunta tenha resultados positivos faz-se imprescindível a sincera cooperação dos pais, empenhados em transformarem suas desavenças pessoais em um conjunto de atividades voltadas a atribuir estabilidade emocional e sólida formação social e educativa aos filhos criados por pais separados, contudo, estando ambos genitores sinceramente preocupados e focados com os interesses superiores dos filhos.

Para que essas duas espécies de guarda supracitadas, a unilateral e compartilhada, possam ser meios de se transformar em barreiras impeditivas da alienação parental é necessária sua correta implantação, devendo os casos ser analisados de forma individualizada, a partir de uma análise minuciosa, realizada através de estudo psicossocial, avaliando o posicionamento dos pais, familiares e dos menores, podendo assim nortear a decisão do magistrado na escolha e fixação do

modelo adequado de guarda do menor sempre com a finalidade de atingir o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente em sua plenitude.

É importante frisar, que dentre as espécies de guarda supracitadas, a guarda compartilhada, destaca-se, principalmente por permitir que ambos os genitores tenham as mesmas responsabilidades, mostrando-se um forte instrumento de prevenção contra a prática da alienação parental, devendo tal modalidade de guarda ser sempre incentivada pelo magistrado, de maneira a permitir ao menor o direito a uma convivência harmônica com ambos os pais. Porém essa divisão de responsabilidades sozinha não surtirá efeito se os genitores não tiverem consciência da importância que o contato da criança ou adolescente com ambos os genitores tem para o desenvolvimento saudável dos mesmos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessa evolução e da ênfase que a relação afetiva ganhou, a responsabilidade do genitor na criação e proteção da prole passou a ser ainda maior, visto que os deveres paternos já não mais se limitavam ao sustento material.

A partir do presente estudo, pôde-se verificar que são inúmeras as vantagens que esse compartilhamento das obrigações proporciona para os filhos menores, uma vez que estes poderão ter um maior convívio com ambos os genitores, o que permite uma convivência mais harmoniosa e um crescimento mais saudável e feliz, mantendo-se a continuidade dos vínculos afetivos entre os pais e os filhos.

Nesse sentido, com a aplicação efetiva da guarda compartilhada, o poder familiar será exercido de forma igualitária e em conjunto por ambos os genitores, e com isso o direito constitucional dos menores de conviver com seus genitores estará preservado (em todas as suas ramificações decorrentes dos vários arranjos familiares) e, acima de tudo, o melhor interesse da criança e do adolescente também estará preservado.

Logo, a guarda compartilhada apresenta muito mais aspectos positivos do que negativos, uma vez que tanto o pai quanto a mãe terão os mesmos direitos e deveres sobre os filhos, a convivência dos genitores com os filhos será mantida e a criança poderá crescer num ambiente mais sadio com a presença afetiva tanto do pai quanto da mãe, mesmo após a dissolução do vínculo conjugal, devendo ser fixada quando ambos os genitores mostrarem-se aptos a compartilhar de forma consciente as obrigações que dela decorrem.

Isso demonstra que essa modalidade é uma das melhores alternativas para que se possa consolidar a manutenção dos laços afetivos entre os pais e a criança, visto que através desse modelo da criança terá mais contato com ambos os pais, não ficando restrito a visitas singulares com um destes, o que poderia gerar um distanciamento da criança com o outro genitor. Além do distanciamento, a unilateral resulta em um ambiente propício a alienação parental, de maneira que os laços familiares são fortalecidos com o genitor detentor da mesma, em virtude de ter um contato maior com a criança.

Sob esse enfoque, a Lei nº 12.318/2010 surgiu como uma importante ferramenta para nortear o Judiciário e trazer mecanismos para identificar e coibir a

alienação parental, trazendo, ainda, meios para assegurar a proteção, a convivência e reaproximação dos genitores com os filhos.

Nesse sentido, quando da dissolução de um vínculo conjugal, é de vital importância que os magistrados observem sempre o melhor interesse e a proteção da criança em seus julgamentos, salientando a importância desse princípio constitucional e também é importante que as famílias busquem dar preferência aos interesses das crianças que são as maiores vítimas quando são utilizadas como instrumento de vingança por alguns dos genitores.

Nessa perspectiva, sob a ótica do superior interesse da criança e adolescente e sob seu direito de convivência com ambos os genitores, a modalidade de guarda compartilhada é a espécie que mais protege os menores diante das mudanças trazidas com a separação dos pais. A criança e o adolescente têm o direito de serem protegidos de qualquer forma de abuso, opressão, crueldade e violência como a alienação parental, de maneira que possam desenvolver-se de maneira saudável tanto física quanto emocionalmente, por isso é importante a preservação da convivência com ambos os pais. Mas para que tal modelo tenha sucesso, os genitores devem estar de comum acordo em exercê-la, visto que seria um sério risco a proteção integral do menor ficar sob a responsabilidade de um genitor que não deseje possuí-la.

Desse modo, a guarda compartilhada só alcançará êxito se tanto o pai quanto a mãe tiverem consciência e cooperarem na criação dos filhos, deixando de lado eventuais discordâncias, compreendendo o mal que a alienação parental faz aos seus filhos, de modo a privilegiar um crescimento saudável e o melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay *et al.* **Guarda compartilhada**: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? 2013. Disponível em:
<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id625.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 – 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I. 2012. Disponível em:
http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 18 de jan. 2019.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 16 jan. 2019.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em 18 jan. de 2019.

BRASIL. Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008. Dispõe sobre a guarda compartilhada e altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental**: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Jaruá, 2012.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil** – família e sucessões. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 26. ed., vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONTES, Simone Roberta. Lei nº 11.698/08: a guarda compartilhada. In: **Jus Brasil**. 2009. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/108727/lei-n-11698-08-a-guarda-compartilhada-simone-roberta-fontes>. Acesso em: 17 mar. 2019.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 9 ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

IBGE. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000011355812102012584717441044.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008**. 2011. Disponível em: <http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MANSUR, Gisele Müller. Evolução histórica da guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16956. Acesso em: 15 mar. 2019.

MOURA, Elizana Rodrigues de. Guarda Compartilhada: Uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. In: **Jus Brasil**. 2012. Disponível em: <https://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>. Acesso em: 15 mar. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil** – Volume 5. Direito de Família. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREZ, E. L. Breves comentários acerca da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Org.) **Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SIMIONATO, M.A.W.; OLIVEIRA, R.G.O. **Funções e transformações da família ao longo da história**. In: Encontro Paranaense de Psicopedagogia, 1, 2003. I Encontro Paranaense de Psicopedagogia, *Anais...* CD ROM, ABPppr., nov., 2003.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Org.) **Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 13 ed., vol. 6. São Paulo: Atlas, 2013.

ULLMANN, Alexandra. **A alienação parental não está adstrita apenas ao âmbito familiar**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/alexandra-ullmann-alienacao-parental-alem-ambito-familiar>. Acesso em: 23 abr. 2019.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.