



**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO**

ANA BEATRIZ FIGUEIREDO PROCÓPIO

**A INSTITUIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE EVITAR A
ALIENAÇÃO PARENTAL**

**NATAL - RN
2011**

ANA BEATRIZ FIGUEIREDO PROCÓPIO

**A INSTITUIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE EVITAR A
ALIENAÇÃO PARENTAL**

Artigo científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Henrique Batista de Araújo Neto

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo da Alienação Parental. Trata-se de mal antigo, mas só agora combatido por nosso ordenamento jurídico, em que pese ainda ser desconhecido pela sociedade em geral. É uma prática que atenta contra diversos direitos de pais e filhos, viola direitos fundamentais da criança e do adolescente e coloca em risco o seu desenvolvimento sadio, motivos pelos quais não deve ser tolerada. Para a elaboração deste trabalho foi adotada a metodologia teórico-descritiva, tendo como fonte de pesquisa recursos eminentemente bibliográficos, a partir da análise da nossa doutrina e legislação. Ao final, concluímos pela necessidade urgente de se evitar a prática de atos de Alienação Parental e demonstramos que a adoção da guarda compartilhada configura-se como mecanismo eficaz de combate a tal mal.

Palavras-chaves: Alienação Parental. Guarda Compartilhada. Princípio do Melhor Interesse da Criança. Direito à Convivência Familiar.

ABSTRACT

This essay aims to study the Parental Alienation. It is an old phenomenon, however only now it is been fought by our legal system, despite still being ignored by society at large. It is a practice that violates several rights of parents and children, violates some of fundamental rights of children and adolescents and put in risk their healthy development. Because of that, the Parental Alienation should not be tolerated. To develop this paper, it was adopted the theoretical and descriptively methodology, having as source of research eminently bibliographic resources, with analysis of our doctrine and legislation. At the end, we conclude that we need to prevent the practice of Parental Alienation acts as fast as we can. Moreover, we demonstrated that the choice of the joint custody represents an effective mechanism to combat these acts.

Keywords: Parental Alienation. Joint Custody. Best Interests of The Child Doctrine. Right to Family Life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E AS TRANSFORMAÇÕES SOFRIDAS PELA FAMÍLIA	7
2 A RELAÇÃO COM OS FILHOS E O DEVER DE PROTEÇÃO DOS PAIS	11
3 ALIENAÇÃO PARENTAL: MAL ANTIGO, MAS AGORA COMBATIDO	17
4 GUARDA COMPARTILHADA: MECANISMOS DE COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preconiza a família como a base da sociedade (art. 226). Todavia, ao mesmo tempo em que se busca preservar a família, também cresce no Brasil cada vez mais o número de divórcios. O casamento como uma união perpétua entre duas pessoas, “até que a morte os separe”, quase não existe mais.

No entanto, quando o casal possui filhos comuns o divórcio provoca uma grande mudança na estrutura familiar, trazendo vários questionamentos: como ficará o exercício do Poder Familiar dos pais? Com quem ficará a guarda dos filhos menores? Posto que os filhos não são coisas que podem ser divididas ao meio, repartidas entre os seus genitores, é que o Direito brasileiro tentou encontrar uma solução para esse problema, estabelecendo a guarda unilateral. Porém, o que o legislador não poderia prever é que esse modelo de guarda acabaria criando um ambiente propício para o surgimento de um outro problema ainda maior: a Alienação Parental.

A Alienação Parental é uma prática que atenta contra diversos direitos de pais e filhos, viola direitos fundamentais da criança e do adolescente e coloca em risco o seu desenvolvimento sadio. Contudo, apesar de ser uma prática que vem crescendo consideravelmente, em razão principalmente dos conflitos surgidos com o divórcio, ainda não existem grandes debates acerca da Alienação Parental, o que leva ao seu desconhecimento tanto pelos operadores do Direito e profissionais da área de saúde, como também pela população em geral.

A Constituição Federal de 1988 inovou sob vários aspectos, representando uma grande evolução no Direito brasileiro. A situação da criança e do adolescente foi completamente modificada. Estes foram elevados da condição de objetos de direito à condição de sujeitos de direitos e, assim, ficou reconhecido que eles gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (CF, art. 227 e ECA, art. 3º). Além disso, a nova Constituição incorporou ao nosso ordenamento jurídico o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e estabeleceu que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, as crianças e adolescentes possuem o direito à proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado (art. 227), os quais, além do dever de assegurar a efetivação dos seus direitos fundamentais, são também responsáveis por colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227). Com base

nisso, nota-se a necessidade urgente de se combater a Alienação Parental e buscar soluções que evitem a prática de atos assim considerados.

Por isso é que propomos neste trabalho apresentar o tema da Alienação Parental, seu conceito, características e conseqüências. Todavia, não adianta discutir um problema sem propor uma solução. Com efeito, estudaremos o instituto da guarda de menores e defenderemos a aplicação da espécie compartilhada como mecanismo eficaz de combate à Alienação Parental.

No decorrer do nosso estudo discutiremos também acerca dos novos conceitos incorporados ao nosso ordenamento jurídico, no tocante ao conceito de família, à condição da criança e do adolescente no direito brasileiro e ao exercício do Poder Familiar dos pais.

Para a elaboração deste trabalho adotamos a metodologia teórico-descritiva e utilizamo-nos de pesquisa eminentemente bibliográfica, tendo como fonte a legislação brasileira e artigos e livros de autores que já trataram sobre o tema.

1 O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E AS TRANSFORMAÇÕES SOFRIDAS PELA FAMÍLIA

A vida aos pares é um fato natural do gênero animal, não sendo exclusivo da espécie humana. Como disse DIAS, “o acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão” (2010, p. 27). Já o conceito de família é uma construção cultural, que, entretanto, está em constante transformação. A natureza do vínculo que une as pessoas formando o que se chama de família se modifica de acordo com os valores e costumes da época.

Nas antigas civilizações gregas e romanas as relações de parentesco e a constituição da família eram determinadas pela religião. As pessoas não se reuniam em razão da consangüinidade ou da afetividade, mas sim pelo fato de cultuarem os mesmos deuses e de estarem submetidas ao mesmo poder paterno. Sobre o tema, diz NOGUEIRA:

O que unia os membros da família antiga não era o nascimento ou o sentimento, mas a religião do fogo sagrado e dos antepassados; assim, só fazia parte da mesma família aquele que fosse iniciado no seu culto. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a família era mais uma associação religiosa do que uma associação natural. [...] O critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consangüinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos meus deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater familias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater familias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião (2006, p. 73).

Nessa época, a religião do fogo sagrado e dos antepassados, mencionada por NOGUEIRA, também denominada religião doméstica, era propagada pelas gerações, somente na linha masculina, sendo o culto transmitido de pai para filho. Cada casa possuía um altar com um fogo aceso que representava os deuses adorados pela família, os quais eram as almas dos seus antepassados. Dessa forma, os deuses só podiam ser adorados por sua família. Os filhos, ao nascerem, deveriam dar continuidade ao culto e manter a chama acesa, pois uma chama apagada significava a extinção da família. O casamento tinha um papel importante, pois a mulher, que antes de casar cultuava os deuses adorados por seu pai e por sua família, após o casamento abandonava definitivamente o lar paterno e passava a pertencer à família do marido, invocando os deuses adorados por ele. Também era importante que o filho fosse fruto

de um casamento religioso. Para esses povos, portanto, era importante o casamento e a geração de filhos, uma vez que isso era o que garantia a perpetuação da família e da religião. Por isso, o celibato era considerado uma desgraça e o divórcio era aceito nos casos em que a mulher fosse estéril. Além disso, a adoção também era permitida àqueles que não tinham filhos, como forma de garantir a não extinção da família (NOGUEIRA, 2006, p. 71 - 75).

Com o passar dos anos, essa relação entre religião e família foi se desfazendo. Porém, o caráter patriarcal da família existente em Roma – submissão da mulher e dos filhos ao homem –, repercutiu em diversos países ocidentais, inclusive no Brasil, o qual sofreu enorme influência do direito romano. A posição do homem como chefe da família foi mantida por muito tempo, e ainda hoje impera em algumas civilizações mais primitivas. No entanto, o advento da Revolução Industrial proporcionou significativas mudanças na estrutura familiar. Como observa DIAS, antes da Revolução Industrial:

A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de um perfil hierarquizado e patriarcal. Esse quadro não resistiu à Revolução Industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes (2010, p. 28).

Com isso, é possível notar que, antes da Revolução Industrial, a família possuía um caráter reprodutivo, patrimonial e patriarcal, tendo a referida Revolução representado os primeiros passos para a adoção de um tratamento igualitário entre homem e mulher e a modificação do conceito de família, que, pela primeira vez, deixou de ser vista apenas como meio de procriação, dando destaque aos vínculos de afeto.

O casamento sempre teve um papel de destaque nas relações humanas, sendo que antes, conforme foi visto, sua importância estava ligada à perpetuação do culto; depois, com o advento do cristianismo e com a crescente intervenção do Estado nas relações interpessoais, levou-se à instituição do casamento como regra de conduta, buscando estabelecer uma ordem na sociedade. O casamento se tornou, portanto, a base da família.

No Brasil, o Código Civil de 1916 somente regulava a família constituída pelo casamento, sendo impedida a sua dissolução. A união estável não era reconhecida e havia discriminação aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos havidos fora do casamento, denominados filhos ilegítimos. Filhos legítimos e ilegítimos eram tratados de forma desigual, tendo aqueles muito mais direitos em relação a esses. Acontece que essas relações existiam, e o Estado não poderia “fechar os olhos” ao que acontecia à sua volta. Dessa forma, as legislações futuras trataram de as disciplinarem, como veremos mais adiante.

A Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada – tentou dar tratamento mais igualitário entre o homem e a mulher na constância do casamento, alterando o texto do artigo 380 do Código Civil de 1916, o qual previa que, durante o casamento, o pátrio poder seria exercido pelo marido, como chefe da família, e, na falta ou impedimento dele, pela mulher. No entanto, ainda deixou resquícios do antigo caráter patriarcal, pois ao mesmo tempo em que estipulava que, durante o casamento, o pátrio poder, hoje chamado de poder familiar, competiria a ambos os pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher (art. 380, *caput*), a referida lei também previa que, em caso de divergência entre os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevaleceria a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência (art. 380, parágrafo único). Porém, não podemos negar que essa lei já se mostrava como um avanço, pois foi a primeira vez que uma lei brasileira tratou, em algum momento, ambos os cônjuges de forma igualitária, o que só seria consagrado de forma definitiva pela Constituição Federal de 1988.

Mais tarde, a Emenda Constitucional nº 9/77 e a Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio – acabaram com a indissolubilidade do casamento, prevendo as formas em que seria possível a sua dissolução (LD, art. 2º). E ainda deixou claro que o Poder Familiar não se extinguia com o fim do casamento, pertencendo a ambos os pais enquanto existirem (LD, art. 27), salvo algumas hipóteses previstas em lei. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 66/10 eliminou de vez o instituto da separação, transformando o divórcio na única forma de pôr fim ao matrimônio.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na evolução do direito de família. Em seu artigo 226 disse ser a família a base da sociedade e determinou, assim, que teria especial proteção do Estado, seguindo o que já havia sido proposto pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, III). A nova Constituição inseriu o principal princípio que hoje rege todo o direito brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Também trouxe o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), determinando, pois, a igualdade entre o homem e a mulher e a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, biológicos

ou não. Alargou o conceito de família, protegendo, além da família advinda do casamento, também a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º) e a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Vale lembrar que também já foi reconhecida a união estável homoafetiva no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, em 05 de maio de 2011. Assim, surge “uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho, de amor” (DIAS, 2010, p. 28).

O Código Civil de 2002 manteve a estrutura do código anterior, apenas se adequando às mudanças legislativas ocorridas e seguindo as novas diretrizes incorporadas pela Constituição. No novo código, o direito de família vem regulado no livro IV, do artigo 1.511 ao 1.783. Porém, mais uma vez a legislação brasileira não trouxe a definição de família e nem disciplinou todos os tipos de entidades familiares existentes em nossa realidade atual, o que, por outro lado, não implica no seu não reconhecimento e nem na sua não proteção pelo Estado.

Com certeza, a principal evolução trazida por essas novas idéias de família tem sido a de considerar o afeto como a base dos vínculos familiares, o que possibilitou a multiplicação dos tipos de família, chamado de pluralismo das relações familiares. Hoje, a família não é mais baseada na relação matrimonial e nos filhos dela advindos. Tem se deixado de falar em direito de família para falar em direito das famílias, no qual são abrangidos todos os tipos de relações entre pessoas ligadas pelo afeto. Aquelas definições de família trazidas pelo dicionário, como “pessoas aparentadas que vivem na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos” ou “pessoas do mesmo sangue” (FERREIRA, 2008, p. 396), perderam o sentido. Hoje, o ordenamento jurídico brasileiro protege as famílias advindas do casamento ou da união estável, seja entre pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo; as famílias formadas por pais e filhos ou por apenas um dos pais e seus filhos; famílias com filhos biológicos ou adotivos, havidos ou não do casamento; famílias formadas apenas por um casal sem filhos e qualquer outro tipo de entidade familiar que vier a ser constituída, bastando apenas que esteja presente a figura do afeto. Em conclusão, usaremos as palavras de DIAS:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo (2010, p. 42).

2 A RELAÇÃO COM OS FILHOS E O DEVER DE PROTEÇÃO DOS PAIS

Nos dias de hoje, em que a nossa sociedade é amparada pelos dizeres da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente gozam de inúmeros direitos e de grande proteção por parte da família, da sociedade e do Estado, mas não foi sempre assim. Como nos lembra DIAS:

No Código Civil de 1916, o casamento não se dissolvia. Ocorrendo o **desquite**, os filhos menores ficavam com o cônjuge **inocente**. Nitidamente repressor e punitivo era o critério legal. Para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado. Não ficava ele com os filhos. Eram entregues como **prêmio**, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole (grifos do autor) (2010, p. 428).

A Lei do Divórcio, da mesma forma, manteve a figura da culpa, somente inovando com a previsão de que, havendo motivos graves, poderia o juiz, “em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente” (art. 13). Essas regras nos mostram a condição em que se encontravam os filhos, os quais eram vistos como objetos de direito dos pais. Em razão disso, não se levava em consideração o interesse da criança e do adolescente, o que somente passou a ser colocado em questão com o advento da Constituição Federal de 1988.

Antes da Constituição de 1988, vigorava no país a *Doutrina da Situação Irregular*, adotada pelo extinto Código de Menores de 1979, que somente dava atenção aos menores que se encontravam em situação irregular, assim compreendidos aqueles abandonados e os delinquentes. Ao ser incorporado ao texto constitucional o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), não seria razoável que somente estivessem sob a proteção do Estado os menores que se encontrassem nessa condição. Sendo assim, a Carta Magna eliminou a *Doutrina da Situação Irregular* e passou a adotar a chamada *Doutrina da Proteção Integral*, que se baseia no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Como explicam-nos DEL-CAMPO e OLIVEIRA:

Embora alguns documentos internacionais, como a *Declaração de Genebra*, em 1964, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas*, em 1949, e a *Declaração dos Direitos da Criança*, em 1959, tenham dado os primeiros contornos na proteção à infância, a *doutrina da proteção integral* nasceu no IX Congresso Panamericano Del Niño, realizado em

Caracas, em 1948, e no *X Congresso Panamericano Del Niño*, realizado no Panamá, em 1955.

Sua consolidação, entretanto, ocorreu apenas no *Congresso Panamericano*, de 1963, em *Mar Del Plata*, Argentina, e na *Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*, em 1969, cujo art. 19 estabeleceu: “Toda criança tem o direito da proteção que sua condição de menor requerer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

No Brasil, a *doutrina da proteção integral* foi proclamada na Constituição de 1988, que fixou a questão do menor como prioridade absoluta, dever da família, sociedade e Estado (grifos do autor) (2009, p. 3 - 4).

Em seu artigo 227, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como sendo:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por sua vez, reproduziu o conteúdo do artigo 227 da Constituição de forma quase idêntica em seus artigos 4º e 5º. E em seu artigo 3º deixou clara a adoção da *Doutrina da Proteção Integral*, a qual culminou com a modificação no tratamento das crianças e adolescentes, que deixaram de ser vistos como objetos de direito para serem considerados sujeitos de direitos, quando disse:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de **igualdade e dignidade** (grifos nossos).

Como se vê, a criança e o adolescente, na sua condição de sujeitos de direitos, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, entre eles a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a efetivação desses direitos.

O Código Civil de 2002 não faz referência expressa ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tratando apenas de mencionar a “Proteção da Pessoa dos Filhos” (arts. 1.583 a 1.590), no qual trata do instituto da guarda dos filhos menores de 18 anos e não

emancipados, e o “Poder Familiar” (arts. 1.630 a 1.638), que diz respeito aos direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos nessas mesmas condições, tópicos estes inseridos no livro IV, intitulado “Do Direito de Família”.

É importante ressaltar que o termo Poder Familiar é relativamente novo, tendo sido adotado a partir da Emenda nº 278. Antes disso, as legislações mais antigas costumavam chamar o Poder Familiar de Pátrio Poder, denominação que fazia referência a submissão dos filhos, e também da mulher, em relação ao pai, vestígios do antigo direito romano, que se baseava na figura do *pater familias*. Com as modificações incorporadas ao nosso ordenamento jurídico, trazidas principalmente pela nova Constituição, a relação entre pais e filhos passou a ser vista muito mais pela ótica dos deveres daqueles em relação a esses do que pelos direitos dos pais em relação aos seus filhos. Pelo texto constitucional, os filhos têm direito à proteção dos pais, e esse direito torna-se possível através do exercício regular do Poder Familiar, o qual se caracteriza por ser indisponível, intransmissível, irrenunciável, indivisível e imprescritível.

Adequando-se o conceito de Poder Familiar à nova realidade, SANTOS NETO o define como sendo:

O complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar (Apud GRISARD FILHO, 2010, p. 35).

Inúmeras são as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do Poder Familiar, entretanto, todas elas o vêem como “instituição protetora da menoridade, que requer o cumprimento de deveres e o exercício de direitos, tendo como território natural e propício de funcionamento a família” (GRISARD FILHO, 2010, p. 45). Essa visão nos mostra a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a sua condição de pessoas em desenvolvimento, os quais, por isso, merecem a proteção de todos.

Com relação ao conteúdo do Poder Familiar, decorrem duas categorias: a pessoal, relativa à pessoa dos filhos, e a patrimonial, que diz respeito aos seus bens, sendo que apenas a primeira interessa ao nosso estudo.

Já tivemos a oportunidade de discutir anteriormente algumas das transformações ocorridas ao longo do tempo e as evoluções de conceitos incorporadas à legislação brasileira - Código Civil de 1916, Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio, Constituição Federal de

1988 e Código Civil de 2002. Agora, somente torna-se necessário explicitar o novo conteúdo trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não mencionado, que diz que:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (art. 21).

Sobre o conteúdo legal exposto acima, vale compartilhar a observação de GRISARD FILHO:

Essa lei teve o mérito de sepultar definitivamente a posição subalterna em que se encontrava a figura materna nas relações entre pais e filhos e de suprimir a expressão “durante o casamento” do art. 380 do velho CC, pois **os deveres e as obrigações derivados do poder familiar transcendem à existência ou não do casamento. Vale dizer, pai e mãe são, conjunta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do exercício do poder familiar, como efeito da paternidade e da maternidade e não do matrimônio ou da união estável** (grifos nossos) (2010, p. 46).

Muito importante foi explicitar a lei a igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do Poder Familiar, em consonância com o disposto no artigo 5º da Constituição, e a sua manutenção mesmo após o fim do casamento, pois, como lembra-nos VENOSA, “nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento” (2010, p. 315). Dessa forma, o fim do relacionamento entre os genitores não culmina em perda do Poder Familiar, nem mesmo para aquele genitor que não detém a guarda. Guarda e Poder Familiar são institutos distintos, e a perda de um não implica a perda do outro. Quem não detém a guarda não deixa necessariamente de exercer o Poder Familiar, o qual somente poderá ser extinto, suspenso ou perdido nos casos previstos em lei.

Os direitos e deveres dos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, estão listados no artigo 1.634 do Código Civil de 2002, quais sejam:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Merece destaque o disposto no inciso II. Ter o filho em sua companhia é um direito não somente dos pais, mas também dos filhos em relação a esses, pois, conforme já foi mencionado, é previsto tanto na Constituição Federal de 1988 (art. 227) como no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º e 19) o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária. Já o direito de ter a guarda dos filhos é por vezes prejudicado quando ocorre a separação conjugal, vez que em grande parte dos casos ocorre que a guarda dos filhos menores é atribuída a apenas um dos genitores, exercendo o outro o papel de fiscal, visitante e provedor de alimentos. Buscando solucionar esse problema é que surgiu o modelo da guarda compartilhada, o qual será objeto de estudo em capítulo próprio. Por ora daremos continuidade ao debate acerca do Poder Familiar e do dever dos pais de proteger os seus filhos.

Justamente pelo dever que têm os pais de proteger os seus filhos é que a lei prevê hipóteses que podem ensejar a suspensão ou a perda do Poder Familiar. São elas:

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

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

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

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

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

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Vale destacar que castigar o filho dentro de certo limite é direito dos pais, decorrente do seu dever de educá-los (CF, art. 229 e CC, art. 1634, I). No entanto, quando o castigo passa a ser utilizado de forma imoderada, além de dar ensejo a perda do Poder Familiar, é também considerado crime de maus-tratos, previsto no artigo 136 do Código Penal. Da mesma forma, deixar o filho em abandono constitui o crime de abandono de incapaz, previsto no artigo 133

do Código Penal. Dependendo do caso concreto, outros crimes também podem ficar evidenciados, como o abandono material (CP, art. 244) e o abandono intelectual (CP, art. 246).

Por razões lógicas, prevê o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.635, que extingue-se o Poder Familiar pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção. Fora dessas hipóteses, é dever dos pais assegurar a seus filhos a efetivação dos seus direitos fundamentais e garantir o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de igualdade, levando-se em consideração a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, pondo-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, de acordo com o estabelecido nos artigos 3º ao 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 227 da Constituição Federal.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL: MAL ANTIGO, MAS AGORA COMBATIDO

A Alienação Parental, embora ainda seja pouco discutida pelos operadores do Direito, é fenômeno antigo e, infelizmente, freqüente nos casos de separação conjugal quando há, entre os genitores, a disputa pela guarda de seus filhos menores. Foi descrita pela primeira vez na década de 80, pelo psiquiatra infantil americano GARDNER, que a definiu como sendo:

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (2002, p. 2).

No Brasil, por sua vez, a Alienação Parental somente ganhou disciplinamento em nosso ordenamento jurídico há pouco mais de um ano, por meio da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, a qual considerou como sendo 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 (art. 2º).

Analisando as duas definições, percebemos que a primeira se preocupou em conceituar o que viria a ser a Síndrome da Alienação Parental (SAP), enquanto que a segunda preferiu definir quais tipos de atos poderiam ser considerados atos de Alienação Parental. Essa distinção de nomenclaturas tem sido objeto de discussão por estudiosos do tema. Parte da doutrina critica o uso da expressão “síndrome” em razão da SAP não estar prevista nem no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde) nem no DSM-IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais). Vejamos:

Isso porque, “síndrome” significa distúrbio, sintomas que se instalam em consequência da prática, de que os filhos foram vítimas, de extrema reação emocional do genitor. Já “alienação” são os atos que desencadeiam verdadeira campanha desmoralizadora levada a efeito pelo “alienante”, que nem sempre é o guardião. [...] Por isso vem sendo utilizada a expressão “alienação parental”, que identifica o processo consciente, ou não, desencadeado por um dos genitores – geralmente o guardião – para afastar a criança do outro (DIAS, 2010, p. 16).

Talvez tenha sido por isso que o legislador brasileiro preferiu adotar apenas o termo “Alienação Parental”.

Apesar das controvérsias, não há quem discorde de que, seja síndrome seja ato, essa é uma prática existente e que deve ser combatida. Veremos por que.

Usando o termo utilizado por GARDNER, a Síndrome da Alienação Parental, também chamada de Implantação de Falsas Memórias, consiste numa “lavagem cerebral”, na qual o alienador:

De modo a comprometer a imagem do outro genitor, narra maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor [alienado] e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo o que lhe é informado (DIAS, 2010, p. 452).

A partir da leitura do trecho acima, alguns pontos merecem ser destacados. Primeiramente, conforme foi observado na Lei nº 12.318/10, o alienador não precisa ser necessariamente um dos pais, podendo ser até mesmo um avô ou qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância e que tenha algum interesse em destruir o vínculo da criança ou adolescente com um de seus genitores. No entanto, na maior parte dos casos a figura do alienador identifica-se com o genitor guardião, que, por sua vez, costuma ser a mãe. Outra questão interessante levantada por DIAS foi o de trazer o adjetivo “patológico” para identificar o genitor alienador. Entendemos que se trata mesmo de uma patologia, pois nenhum ser humano em plena consciência submeteria seu próprio filho e o seu ex-companheiro aos perigos da Alienação Parental. Essa opinião também é compartilhada por SILVA, que diz:

A SAP é uma patologia psíquica gravíssima que acomete o genitor que deseja destruir o vínculo da criança com o outro, manipulando-a afetivamente para atender motivos escusos. A SAP deriva de um sentimento neurótico de dificuldade de individuação, de ver o filho como um indivíduo diferente de si, e ocorrem mecanismos para manter uma *simbiose sufocante* entre pai/mãe e filho, como a superproteção, dominação, dependência e opressão sobre a criança (2009, p. 44).

Esse fenômeno geralmente surge do desejo de vingança de um dos genitores que, por não se conformar com a ocorrência da separação conjugal, resolve “punir” o seu antigo parceiro, afastando-o da convivência com o seu filho. Ocorre que essa “punição” acaba por atingir não apenas o outro genitor, mas principalmente a criança ou adolescente, comprometendo o seu desenvolvimento sadio, garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 3º), e interferindo no seu direito de conviver com sua família (CF, art. 227 e ECA, arts. 4º e 19), direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Além disso, a pessoa que se aproveita da inocência de uma criança para implantar nela falsas memórias e obrigá-la a odiar seu genitor indubitavelmente termina por desrespeitar o seu direito ao respeito e à dignidade, assegurados pela Constituição (art. 227) e pelo ECA (art. 15).

Uma das consequências advindas da Alienação Parental é o fenômeno da “parentalização”, o qual seria a inversão de papéis: o genitor alienador torna-se filho e o filho assume o papel de pai do alienador, que, em razão de suas artimanhas, se coloca na posição de vítima, requerendo cuidados do seu próprio filho. Outro verdadeiro atentado ao desenvolvimento sadio da criança. A criança acaba sendo deixada sozinha, sem proteção, e sem infância. É por isso que estudiosos do tema costumam chamar a criança vítima da Alienação Parental de “órfã de pai vivo”. Por vezes, ela não perde apenas um dos genitores, mas os dois. Isso porque, caso a criança, quando se tornar adulta, vier a descobrir as mentiras ditas pelo alienador poderá nunca mais perdô-lo e nem conseguir mais restabelecer o vínculo com o genitor alienado. É um final triste e grave, que pode trazer inúmeras complicações no desenvolvimento dessa pessoa, transformando-a em um adulto com sérios distúrbios de personalidade, entre outros problemas.

Outra “arma” freqüente usada por alienadores na tentativa de afastar o outro genitor do convívio com o seu filho é a falsa denúncia de abuso sexual, o que traz consequências nefastas e, às vezes, irreversíveis para a criança ou adolescente. Em alguns casos, a falsa denúncia pode ser até mesmo pior do que se realmente tivesse ocorrido o referido abuso, pois acaba deixando no filho um sentimento de culpa por ter acusado injustamente o genitor

alienado. Por isso, o alienador que se utiliza desse meio no seu plano de vingança, embora não abuse fisicamente do seu filho, não deixa de cometer um abuso infantil: o abuso psicológico, merecendo punição tão severa quanto à aplicada ao abusador sexual.

Com base no que foi até aqui exposto não restam dúvidas de que a pessoa que pratica atos de Alienação Parental contra uma criança ou adolescente atenta de forma gravíssima contra os direitos fundamentais desta à saúde, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar com o genitor alienado, justificando, portanto, a necessidade de se evitar a prática dos referidos atos.

Infelizmente, apesar da gravidade da Alienação Parental, ainda há um longo caminho a percorrer na luta pela sua não ocorrência. Como lembra SILVA:

A SAP recebe críticas por parte de especialistas de diversas áreas, inclusive da saúde mental e jurídica, com a argumentação de que não foi reconhecida por nenhuma associação profissional nem científica, sendo que sua inclusão do DSM-IV (da APA – Associação de Psicólogos Americanos) e no CID-10 (da OMS – Organização Mundial de Saúde) foi rejeitada, alegando-se que a síndrome não apresenta bases empíricas (2009, p. 43 - 44).

Além disso, há desconhecimento da doença, se é que podemos chamá-la assim, por parte de psicólogos, assistentes sociais, médicos, operadores do direito e da população em geral, dificultando a sua identificação e combate. No entanto, isso está começando a mudar.

A APASE – Associação de Pais e Mães Separados – propõe o dia 25 de abril como o Dia Internacional de Conscientização sobre a Alienação Parental, e, além dela, diversas outras entidades têm se dedicado a divulgar a Alienação Parental, compartilhando depoimentos de pais alienados e traçando metas para o seu combate, como, por exemplo, a AMASEP – Associação de Assistência às Crianças, Adolescentes e Pais Separados –, a Associação Brasileira Criança Feliz, a Pai Legal, a Pais Para Sempre, a Participais, a SOS – Papai e Mamãe, entre outras¹.

No Brasil, a grande evolução no tratamento do tema se deu com a recente edição da Lei nº 12.318/10, fruto do Projeto de Lei nº 4.053/08, de autoria do deputado Regis de Oliveira, que veio justamente para disciplinar a Alienação Parental, facilitando de forma

¹ Para mais informações sobre o trabalho das associações mencionadas sugere-se consultar os seus respectivos sites: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (www.apase.org.br), AMASEP – Associação de Assistência às Crianças, Adolescentes e Pais Separados (www.amasep.org.br), Associação Brasileira Criança Feliz (www.criancafeliz.org), Pai Legal (www.pailegal.net), Pais Para Sempre (www.paisparasemprebrasil.org), Participais (www.participais.com.br), SOS – Papai e Mamãe (www.sos-papai.org).

considerável o trabalho dos operadores do Direito, que agora não terão mais desculpas para a falta de atenção a esses casos, justificada na ausência de suporte legal.

A referida lei trata de diversas questões de conteúdo material e processual, distribuídas em 11 artigos, dois dos quais foram vetados, cujos pontos mais importantes serão abordados a partir desse momento.

Como já foi mencionado no início deste capítulo, a Lei nº 12.318/10 se preocupou em definir que tipos de atos seriam considerados atos de Alienação Parental, citando, em um rol meramente exemplificativo, as seguintes práticas:

- 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 (art. 2º, parágrafo único).

Agiu muito bem o legislador ao ressaltar que, além desses atos, também serão consideradas formas de Alienação Parental qualquer ato assim declarado pelo juiz ou constatado pela perícia, praticados por quem tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, diretamente ou com auxílio de terceiros, que represente a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculos com este (arts. 1º e 2º).

Também previu o legislador que, sendo declarado indício de ato de Alienação Parental, a requerimento ou de ofício e em qualquer fase processual, o processo terá tramitação prioritária, caso em que o juiz deverá determinar, com urgência, após ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, assegurando o seu direito à convivência familiar e determinando, sempre que possível, a garantia mínima de visitação assistida (art. 4º, *caput* e parágrafo único). Dessa forma, somente se justificaria o afastamento do genitor do convívio com o seu filho nos casos em que esse relacionamento representasse um prejuízo à

integridade física ou psicológica deste, devendo esse risco ser atestado por um profissional competente, designado pelo juiz, cujo laudo pericial deverá ter por base uma ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial e ser apresentado no prazo de 90 dias, prorrogável exclusivamente por meio de autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (art. 4º, parágrafo único e art. 5º, *caput* e parágrafos). Aqui, chama-se a atenção para a necessidade de existir profissionais bem preparados e conhecedores do tema, o que, infelizmente, ainda não atingiu o nível esperado.

Caracterizados atos típicos de Alienação Parental, em ação autônoma ou incidental, a lei prevê a possibilidade do juiz, cumulativamente ou não, e sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal, tomar as seguintes providências:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental (art. 6º).

Uma questão merece um cuidado especial, qual seja a aplicação de multa. É necessário que essa multa tenha um valor significativo, pois o seu propósito é evitar que sejam praticados atos de Alienação Parental. Sua natureza é preventiva, e não punitiva. O objetivo dela não é punir quem o pratica, mas sim evitar que seja praticado e, para isso, é preciso que a pessoa que tem a intenção de praticar algum desses atos pense duas vezes e prefira não praticá-lo para não ter que se submeter ao pagamento de uma multa de alto valor.

Além disso, vale destacar que o Projeto de Lei nº 4.053/08 propunha a tipificação da Alienação Parental como crime, prevendo, no artigo 10, uma modificação no artigo 236 do ECA, ao qual seria acrescido um parágrafo com a seguinte redação: “Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no *caput* ou à autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor”, que foi vetado pelo Presidente da República. As razões do veto foram baseadas na crença de que o ECA já contempla mecanismos suficientes de punição para inibir os efeitos da Alienação Parental, como a inversão da guarda, multa e a suspensão da autoridade parental, não se mostrando necessária, portanto, a inclusão de sanção de natureza penal.

Sobre essa questão PEREZ acrescenta uma observação pertinente:

Prevaleceu a tese que atribui ênfase ao caráter educativo, preventivo e de proteção da norma, com restrição da parte penal. Além disso, havia a dificuldade de tipificação direta dos atos de alienação parental, para efeito penal, considerando que, em muitos casos, pressupunha exame subjetivo de conduta, incompatível com a subjetividade necessária para configuração do eventual ilícito penal e constatação de sua autoria. Esse tipo penal também não ofereceria maleabilidade para examinar os diferentes graus de alienação parental, suas motivações e relações com a dinâmica familiar, bem como recomendações de intervenção, caso a caso, segundo indicação pericial (2010, p. 84 - 85).

Entendemos ser essa uma justificativa plausível, não interferindo a não tipificação da Alienação Parental no sucesso da coibição dessa prática. O que não se justifica é o veto ao artigo 9º do Projeto, que previa a possibilidade de as partes fazerem uso do instrumento da mediação para a solução do litígio. As razões do veto são fundamentadas no fato do direito da criança e do adolescente à convivência familiar ser indisponível, não sendo cabível, portanto, sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Além disso, justificou-se que o referido dispositivo contrairia o princípio da intervenção mínima previsto pelo ECA. Essa discussão, entretanto, não é objeto do presente estudo.

A nosso ver, uma das contribuições mais significativas trazidas pela Lei da Alienação Parental está no artigo 3º, que diz:

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

Com isso, o legislador reforçou o argumento de que a Alienação Parental fere um direito fundamental da criança e do adolescente: o da convivência familiar saudável. Isso faz nascer uma necessidade urgente de se realizar o seu combate e abre as portas para o sucesso da guarda compartilhada como um meio de garantir esse direito à criança e ao adolescente e de evitar a prática de atos de Alienação Parental. Além de que a própria Lei da Alienação Parental demonstra preferência pela adoção do modelo da guarda compartilhada quando diz, em seu artigo 7º, que “a atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor **nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada**” (grifos nossos). Essa questão, entretanto, será discutida no próximo capítulo.

4 GUARDA COMPARTILHADA: MECANISMOS DE COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Como já tivemos a oportunidade de mencionar, a guarda dos filhos menores decorre do Poder Familiar dos pais. É o que podemos extrair da leitura do artigo 1.634, II, do Código Civil de 2002, que diz que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda”.

O exercício dessa guarda é de fácil compreensão quando se trata de casais que vivem sob o regime do casamento ou da união estável, casos em que ambos os pais detêm conjuntamente a guarda de seus filhos, respeitando a previsão do artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988. O problema surge quando ocorre a separação conjugal, o que, em regra, leva à cisão da guarda. Deixando os pais de conviverem sob o mesmo teto, nasce a necessidade de decidir a quem será atribuída a guarda dos filhos e onde serão fixados o seu domicílio e residência.

Em geral, quando ocorre a separação, costuma-se adotar a chamada guarda unilateral, ou seja, aquela atribuída a uma só pessoa, chamada de guardião, restando ao outro, não guardião, o papel de mero fiscal, visitante e provedor de alimentos.

Aqui, é importante abrimos um parêntese para fazermos referência ao conteúdo trazido pela Lei do Divórcio e mantido pelo Código Civil de 2002, que diz que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (LD, art. 27 e CC, art. 1.579). Essa previsão reforça o que já havíamos demonstrado quando falamos do dever de proteção dos pais em relação aos seus filhos. Assim, não custa nada repetir: a separação conjugal seguida pela adoção da guarda unilateral acaba levando à perda da guarda para um dos genitores, mas não extingue, por si só, o Poder Familiar do genitor não guardião, apenas o enfraquece em razão das novas circunstâncias. Como observa GRISARD FILHO:

A ruptura, em si, não provoca modificações nas relações entre os sujeitos da guarda, mas estabelece, inevitavelmente, uma nova forma de se vincularem. Nessa perspectiva, o genitor que obtenha a guarda exercerá sua autoridade parental em toda a sua extensão, por estar diretamente vinculado ao filho. Por sua vez, o genitor que não a obtenha terá enfraquecido seus poderes paternos, enquanto não os exercerá com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, por estar indiretamente vinculado ao filho. Vale dizer, os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais (2010, p. 106).

A determinação de quem seria o guardião nos casos de separação, conforme foi visto em capítulos anteriores, se fazia com a aferição da culpa, sendo a guarda conferida ao cônjuge considerado inocente. Sendo ambos os cônjuges considerados culpados pela separação, os filhos, em regra, ficavam com a mãe. No entanto, acompanhando as evoluções legislativas, principalmente a que diz respeito ao reconhecimento constitucional da igualdade entre o homem e a mulher (CF, art. 5º, I) e a incorporação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 227 e ECA, art. 4º), esses critérios deixaram de ser adotados. Porém, por força do costume, a guarda, na maior parte dos casos, continuou a ser atribuída à mãe, geralmente considerada com mais aptidão para criar e dirigir a educação dos seus filhos. Ocorre que:

Na realidade presente começa-se a questionar o denominado *instinto maternal*, quando a mulher, notadamente a partir da segunda metade do século XX, reconhece para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu *instinto paternal*, sem perder sua masculinidade, tornando-se mais responsável e mais envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente, procura-se estabelecer a coparentalidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião (grifos do autor) (GRISARD FILHO, 2010, p. 123 - 124).

Na nova realidade sócio-cultural, a mulher começa a abandonar seu papel de “dona de casa” e a ingressar no mercado de trabalho, enquanto que o homem começa a demonstrar um maior interesse em exercer a sua paternidade e participar mais ativamente da vida dos seus filhos. Dessa forma, os pais passaram a reivindicar mais tempo com os seus filhos e as mães passaram a necessitar de uma maior colaboração do seu antigo parceiro para que pudessem conciliar os cuidados maternos e o trabalho fora de casa. Por isso, o modelo que atribui a guarda com exclusividade a um dos genitores começou a não mais atender às necessidades dos pais.

Da mesma forma, a guarda unilateral também se mostra extremamente gravosa à criança e ao adolescente, uma vez que, inevitavelmente, acaba por afastar pais e filhos. A convivência com ambos os pais, além de ser direito fundamental da criança e do adolescente (CF, art. 227 e ECA, arts. 4º e 19), é essencial ao seu desenvolvimento sadio. Resumindo o que foi até aqui exposto, assinala GRISARD FILHO:

A redistribuição de papéis na comunidade familiar, como exigência da evolução dos costumes nas sociedades modernas, decretou a impropriedade da guarda exclusiva, impondo a reconsideração dos parâmetros vigentes, que não reservam espaços à atual igualdade parental. Quando o modelo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade quotidiana observada no foro prioriza, sistematicamente a maternidade em detrimento da paternidade, quando se nega à criança o direito a ter dois pais, quando inevitável o processo de isonomia entre o marido e a esposa, criando uma simetria nos papéis familiares, é hora de se rever a questão da autoridade parental (2010, p. 158).

Diante de todas essas complicações impostas pela guarda unilateral é que têm sido propostos novos modelos de guarda, entre eles a guarda compartilhada.

O modelo da guarda compartilhada surgiu na Inglaterra há pouco mais de vinte anos, sendo posteriormente adotado por diversos países, entre eles a França, Canadá, Estados Unidos, Argentina, Uruguai e também o Brasil, o qual, por meio da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 para instituir e disciplinar essa modalidade de guarda. Apesar de não ser reconhecida legalmente antes dessa lei, esse modelo de guarda já vinha sendo aplicado timidamente em alguns casos pelo Poder Judiciário brasileiro. No entanto, agora a guarda compartilhada foi instituída como o modelo ideal, devendo ser aplicada de forma prioritária, somente se aplicando outros modelos de guarda quando a compartilhada não se mostrar possível ao caso concreto (CC, art. 1.584, II, § 2º), em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Antes, porém, de darmos continuidade ao nosso estudo acerca da guarda compartilhada, se faz necessário chamar a atenção para uma confusão de conceitos que percebemos ocorrer constantemente entre os operadores do Direito. Aqueles que criticam o modelo da guarda compartilhada muitas vezes o fazem com base em argumentos que, na verdade, dizem respeito à guarda alternada. Todavia, esses modelos não se confundem.

A guarda alternada é mesmo merecedora das inúmeras críticas que fazem a doutrina. Nesse modelo são estabelecidas duas residências – a do pai e a da mãe –, nas quais a criança se reveza periodicamente. Durante o tempo em que mora com um dos genitores, este detém a totalidade da guarda, exercendo de forma plena o seu Poder Familiar, condição essa que é invertida durante o período em que a criança passa a residir com o outro genitor. Essa situação cria uma rotina demasiadamente instável para a criança, que acaba perdendo o seu referencial, sendo, portanto, extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento sadio e totalmente contrário ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Conforme observa LEANDRO, “uma das necessidades básicas da criança é a da continuidade e estabilidade das

suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal desenvolvimento, causando, por vezes, retrocessos psicológicos espetaculares” (Apud GRISARD FILHO, 2010, p. 126).

Já na guarda compartilhada, embora existam as duas residências, é fixada para a criança uma residência principal – a do pai ou a da mãe. Existe apenas um guardião físico, portanto. Porém, ambos os pais são guardiães jurídicos e exercem plenamente e igualitariamente o seu Poder Familiar. Pai e mãe são conjuntamente responsáveis pelos seus filhos, da mesma forma que eram durante a vigência do casamento, sendo assegurado a ambos os pais o direito de conviver com seus filhos por igual período de tempo. Esse modelo de guarda, portanto, respeita os princípios da igualdade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, ao mesmo tempo em que garante o seu direito fundamental à convivência familiar.

A guarda compartilhada tem se mostrado como uma inovação digna de aplausos. Extremamente benéfica a pais separados e seus filhos, tem sido amplamente aceita por profissionais de diversas áreas – juristas, psicólogos, sociólogos, assistentes sociais –, uma vez que, na maior parte dos casos, melhor assegura o interesse da criança e do adolescente, além de que “possibilita aos pais o exercício pleno do poder familiar em igualdade de condições, solução contemporânea de convivência dos pais com os seus filhos, incentivando o contínuo acompanhamento de suas vidas” (GRISARD FILHO, 2010, p. 160).

A psicóloga e psicanalista MOTTA, por exemplo, defende que:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualitariamente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo *dever* de guardar seus filhos (Apud GRISARD FILHO, 2010, p. 131).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.584, § 2º, alterado pela Lei nº 11.698/2008, demonstra a preferência pela guarda compartilhada ao estabelecer que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Isso nos mostra que a guarda compartilhada pode ser aplicada até mesmo nos casos em que os pais encontram-se em conflito, desde que isso melhor atenda ao interesse da criança e do adolescente. No entanto, adverte o legislador acerca da necessidade de o juiz informar aos pais, na audiência de conciliação, “o significado da guarda

compartilhada, a sua importância, a similitude aos seus genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas” (CC, art. 1.584, § 1º). As sanções referidas pelo § 1º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 são tratadas no § 4º do mesmo artigo e consistem na “redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”.

O Conselho Federal de Justiça, da mesma forma, tem incentivado a adoção da guarda compartilhada, o qual, por meio do Enunciado 335, diz que “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da equipe interdisciplinar” (art. 1584, § 3º). Essa opinião é também compartilhada por diversas associações de pais e mães separados, as quais estão sempre defendendo a adoção desse modelo de guarda, principalmente como mecanismo de combate à Alienação Parental.

A guarda compartilhada, de fato, tem sido vista como solução para se evitar a prática da Alienação Parental por muitos estudiosos do tema. Digna de nota é a posição de GRISARD FILHO, que afirma que:

A alienação parental [...] autoriza a atribuição da guarda compartilhada como medida de mínima garantia de convívio entre pais e filhos que não coabitam. O *locus* de desenvolvimento dessa patologia é a guarda exclusiva, que não atende às necessidades nem os superiores interesses da criança e do adolescente. Identificada a síndrome, a doutrina e a jurisprudência vêm construindo soluções para saná-la ou minorá-la. Nessa senda, a guarda compartilhada constitui poderoso antídoto à sua presença. A síndrome instalada fere direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, que só a guarda compartilhada assegura com plenitude. Caracterizados os atos típicos de alienação, o juiz, dentre várias medidas (fixar *astreintes*, por exemplo), poderá determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada, que propicia a continuidade das relações dos filhos com ambos os pais. Por essa razão, a Lei da Alienação Parental incentiva a atribuição da guarda compartilhada, reaproximando pais e filhos e assegurando a efetividade do poder familiar (2010, p. 211).

Nota-se, assim, a tendência de se conferir cada vez menos a guarda exclusiva a um dos genitores, posto que esta é vista como principal meio de desenvolvimento da Alienação Parental. Como já mencionamos algumas vezes, a guarda unilateral provoca o afastamento entre a criança ou adolescente e um de seus genitores, interferindo no seu direito fundamental à convivência familiar. Esse afastamento, por sua vez, acaba fazendo com que a criança ou adolescente se sinta rejeitado pelo genitor não guardião, o que só piora quando o genitor guardião alimenta o sentimento de abandono do filho em relação ao genitor não guardião.

Como sustenta SILVA, “o desequilíbrio de poder estabelecido pela guarda única permite ao guardião desvalorizar o outro genitor, em muitos casos impingindo a alienação parental aos filhos, ‘ensinando-os’ que o não guardião é menos importante ou não os ama” (2009, p. 4).

A guarda compartilhada, por sua vez, acaba assegurando o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, ao mesmo tempo em que cria a necessidade de se estabelecer uma intensa cooperação entre os pais em virtude do melhor interesse dos seus filhos, proporcionando um ambiente de tranquilidade e respeito e afastando a possibilidade de incidência de conflitos familiares. Além disso, morando o filho com a mãe, por exemplo, e sendo ela a alienadora, a criança, “com essa convivência, formará sua própria opinião a respeito do pai, de forma autêntica, e não influenciada pelos comentários e sentimentos da mãe” (SILVA, 2009, p. 7).

Lembramos ainda que inúmeros comportamentos típicos de um genitor alienador, como “recusar informações ao outro genitor sobre as atividades extraescolares em que os filhos estão envolvidos” e “impedir o outro genitor de exercer o seu direito de visitas” (SILVA, 2009, p. 56), estão relacionados ao exercício de uma guarda única, vez que somente nesse modelo existe a redução do exercício da autoridade parental de um dos genitores e o regime de visitas.

A guarda compartilhada, ao colocar ambos os pais em condições de igualdade, repartindo deveres em relação aos filhos e usufruindo de iguais períodos de tempo na companhia deles, dificulta consideravelmente que um dos genitores, por exemplo, omita informações importantes sobre a vida do filho, visto que ambos os pais participam ativamente do dia-a-dia dos filhos; ou dificulte o direito de visitas do outro genitor, vez que na guarda compartilhada inexistente a divisão genitor guardião e genitor visitante, ambos os pais são guardiães e ambos exercem de forma plena sua autoridade parental. Dessa forma, também retira da criança o “dever” de ter que escolher um dos pais, pois ela terá os dois. Certo assim, vez que, como nos lembra GRISARD FILHO, quando do fim da relação conjugal, “os filhos seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais” (2010, p. 73), não se justificando, portanto, que os filhos “paguem” pelos conflitos existentes entre os seus pais.

A guarda compartilhada, assim, respeita diversos princípios, entre eles o da igualdade, do melhor interesse da criança e do adolescente e o da paternidade responsável; assegura diversos direitos da criança e do adolescente, como a convivência familiar, a saúde, o respeito e a dignidade; e se mostra como um mecanismo eficaz de combate à Alienação Parental, motivos pelos quais deve ser aplicada sempre que possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criança e o adolescente, como seres em desenvolvimento, necessitam de proteção. A Constituição Federal de 1988, portanto, de forma louvável, assegurou à criança e ao adolescente o direito de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado (art. 227). Os pais, como as pessoas que estão mais próximas dos seus filhos, são os que exercem mais diretamente esse dever, e o fazem por meio do seu Poder Familiar. O Poder Familiar, nesses termos, traduz-se muito mais como um dever do que como um direito dos pais e, na nova ótica, existe para representar muito mais o interesse dos filhos do que dos pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo as novas diretrizes incorporadas pela Carta Magna, demonstra essa nova concepção do direito brasileiro, o qual modificou a situação dos filhos, antes vistos como objetos de direito dos pais, passando a considerá-los sujeitos de direitos e, assim, reconhece que a criança e o adolescente também gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3º), tais como a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

Como se sabe, direitos fundamentais são direitos naturais, ou seja, direitos inerentes a pessoa humana, logo, não podem ser violados. Dessa forma, qualquer conduta de uma pessoa que cause lesão a direitos fundamentais de outra deve ser coibida. Tratando-se de direitos fundamentais de crianças e adolescentes a preocupação em preservar tais direitos torna-se ainda maior, vez que a Constituição Federal diz gozar a criança e o adolescente de prioridade absoluta (art. 227). A sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento faz nascer para todos – família, sociedade e Estado –, um imenso dever de proteção, os quais, além de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, devem colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227).

No entanto, a prática conhecida como Alienação Parental, que vem crescendo de forma considerável em nossa sociedade, acaba por interferir, sob vários aspectos, na efetivação de tais direitos, colocando em risco o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente. A discussão desenvolvida nesse trabalho não deixa dúvidas de que os atos de Alienação Parental violam direitos fundamentais da criança e do adolescente, na medida em que o alienador, quando induz a criança ou o adolescente a odiar um de seus genitores, interfere na sua formação psicológica e no seu desenvolvimento sadio, violando o seu direito

à saúde; afasta-o da convivência com o genitor alienado, violando o seu direito à convivência familiar e se aproveita da sua condição de pessoa em desenvolvimento, atentando contra os seus direitos ao respeito e à dignidade, motivos pelos quais não devem ser tolerados.

Como meio de evitar e punir essa prática e melhor assegurar o interesse da criança e do adolescente é que surge a Lei 12.318/2010. Esta, por sua vez, demonstra uma preferência pela adoção do modelo da guarda compartilhada como mecanismo de combate à Alienação Parental (art. 7º), o que também é defendido por nós no presente trabalho, o qual, estabelecendo comparações entre os modelos de guarda unilateral e compartilhada, conclui que esta possui muito mais vantagens em relação àquela, na medida em que melhor respeita princípios e assegura direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Deixamos claro que a discussão não se resta encerrada. A nossa pesquisa representa apenas o início de uma discussão importante e merecedora de debates mais extensos. Muitos outros pontos existem a serem abordados. Nossa proposta aqui foi apenas apresentar o tema, chamar a atenção para a existência do problema, esclarecer e propor uma solução, abrindo as portas para que se dê continuidade ao debate.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.828, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 19 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 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: 19 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 30 set. 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 30 set. 2011

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.053, de 2008.** Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>>. Acesso em: 15. out. 2011.

DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Alienação Parental: um crime sem punição. In: _____. **Incesto e Alienação Parental:** realidades que a justiça insiste em não ver. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 7ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o dicionário da língua portuguesa. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 11 set. 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2010.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A Instituição da Família em A Cidade Antiga. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) **Fundamentos de História de Direito.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=14f434a7-bb23-4e0b-8ef5-30d8973da7b3&groupId=966410>. Acesso em: 30 set. 2011.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários Acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental**: o que é isso? Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.