

A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO DE INIBIR A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Ádria Aparecida Pruka¹

Loren Dutra Franco²

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar o quanto foi benéfica, principalmente sob a ótica da Síndrome da Alienação Parental, a alteração trazida com o advento da Lei 11.698/08, que modificou os artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil. Busca-se assim, demonstrar que a guarda unilateral com direito de visita não constitui meio eficaz para o convívio familiar harmônico, eis que o melhor interesse da criança e do adolescente pode ser vislumbrado de forma cristalina no sistema que adota a presença contínua de ambos os genitores na educação do menor, razão pela qual deve ser priorizada a guarda compartilhada, sendo que esta só pode ser afastada em razão da proteção física e, principalmente, psíquica da criança e do adolescente. Dessa forma, procurar-se-á evidenciar que a Síndrome da Alienação Parental é extremamente prejudicial a vida dos que a sofrem, razão pela qual o distanciamento com os pais deve ser evitado, eis que favorece tal prática.

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior.

² Professora orientadora, Professora de Direito Civil de Obrigações das Faculdades Integradas Vianna Junior, Mestre em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Alfenas – UNIFENAS, Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior e Pesquisadora do Grupo de pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável da UNICEUB – Brasília.

PALAVRAS-CHAVE: GUARDA COMPARTILHADA. ALIENAÇÃO PARENTAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DIREITO DE FAMÍLIA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar as questões relativas a guarda compartilhada enquanto forma de inibir a alienação parental, demonstrando o porque a inserção de tal modalidade no ordenamento pátrio, por intermédio da Lei nº 11.698/08, como preferencial foi plenamente benéfica e necessária.

A abrangência do direito de família, assim como a própria conceituação de família, sofreu diversas mudanças, tendo em vista que a centralização do patrimônio passou a ser afastada, eis que a Constituição Federal de 1988 inseriu novos paradigmas a interpretação anteriormente concedida que tinha por base o Código Civil.

O conceito de família modificou no transcorrer da evolução histórica, devido ao fim do regime patriarcal que anteriormente vigorava, eis que com a inserção da mulher no mercado de trabalho passou a haver a divisão isonômica das tarefas, cenário este que, inclusive, proporcionou a criação da guarda compartilhada no nosso ordenamento pátrio.

O poder familiar no direito de família consiste nas diversas atribuições trazidas aos pais, sendo a guarda uma delas, de forma que constitui ao mesmo tempo direito e dever, tendo em vista que em caso de infração do estabelecido e se ficar comprovado que o guardião não trate convenientemente a criança ou o adolescente, a guarda poderá lhe ser retirada.

Anterior ao advento da Lei nº 11.698/08 o modelo de guarda adotado era o da unilateral com direito de visita, a alteração trazida no art. 1.583, §1º do Código Civil por intermédio da norma supramencionada modificou a prioridade pelo regime

adotado, passando, portanto, a guarda compartilhada a ser a prioritária, de forma que deve apenas ser afastada em prol do melhor interesse da criança.

Posteriormente foi elaborada a Lei nº 12.318/10, na qual conceitua a SAP enquanto resultado de ações de um dos genitores, avós, tios e demais familiares, com o escopo de promover a degradação do outro genitor.

As novas legislações inseridas no nosso ordenamento jurídico proporcionaram maior preservação das relações parentais, tendo em vista a preocupação com a proximidade de ambos genitores, propiciando uma participação efetiva de ambos na vida da criança e do adolescente, assim sendo, por meio de tal modalidade de guarda é capaz que se evite a Alienação Parental eis que a presença cotidiana dos pais afasta tal possibilidade.

Através de uma investigação doutrinária e jurisprudencial, objetiva-se demonstrar o cerne da questão existente, de forma a comprovar o quão benéfico foi a inserção da guarda compartilhada no ordenamento sob a ótica desta enquanto meio de inibir a Síndrome da Alienação Parental.

1 DIREITO DE FAMÍLIA

Os diversos ramos de estudo das interações sociais adotam conceitos de família diferentes, para o direito a definição abraçada é quanto as relações jurídicas existentes entre as pessoas que constituem este núcleo.

O Direito de Família no decorrer do tempo sofreu alterações significativas na sua conceituação, tendo em vista que anteriormente a Constituição Federal de 1988, em face do entendimento restrito preceituado no Código Civil de 1916, o direito de família era distribuído em três partes: matrimonial, parental e assistencial (LOBO, 2012).

A partir da Constituição de 1988 essa distribuição das matérias do direito de família, que gravitava em torno do matrimônio como seu

principal protagonista e da legitimidade como principal elemento de discrimine, perdeu consistência. Antes mesmo da Constituição, algumas áreas integradas ao Capítulo II 38 direito de família se autonomizaram em legislação própria, a exemplo dos direitos da criança, dos direitos da mulher (principalmente da mulher casada), do reconhecimento da paternidade, do divórcio. Microsistemas jurídicos foram desenvolvidos, com a incidência concorrente de vários ramos do direito sobre a mesma situação jurídica de natureza familiar (LOBO, 2012, p. 37).

Segundo LOBO o direito de família atualmente é dividido em quatro partes: direito das entidades familiares, que diz respeito ao matrimônio em *lato sensu*, sem qualquer tipo de discriminação, ao contrário do que era o definido pela doutrina anteriormente à Constituição Federal de 1988 no direito matrimonial; direito parental que diz respeito às relações jurídicas de paternidade, maternidade, filiação e parentesco; direito patrimonial familiar que tutela os regimes de bens entre os cônjuges e companheiros, o direito alimentar, a administração dos bens dos filhos e os bens de família; e por fim, o direito tutelar relativo à guarda, tutela e curatela (LOBO, 2012).

É possível, portanto, verificar que embora o direito de família afaste-se do direito patrimonial, tendo em vista não possuir valor pecuniário e distinguir também do direito obrigacional, vez que caracteriza-se pelo fim ético e social, percebe-se que o direito de família pode ter valor patrimonial, aproximando-se das obrigações, como por exemplo, no caso de alimentos (art. 1694, do CC) ou assemelhando-se aos direitos reais, como no usufruto dos bens dos filhos (art. 1689, do CC) (GONÇALVES, 2012).

Ademais, embora o direito de família esteja contido no Código Civil assim como os demais ramos (como por exemplo, direito obrigacional e real), é possível verificar que as dessemelhanças entre eles que não restringem-se ao cunho financeiro, tendo em vista que há no direito de família limitações de autonomia de vontade que não é vislumbrado nos demais saberes jurídicos. Tais restrições

devem-se ao fato que os interesses da família são de ordem social e de ordem pública, o que predomina sobre o interesse individual (LUZ, 2009).

Diante disso, permite-se inferir que o Estado, em benefício da própria sociedade, é o principal interessado na manutenção da organização familiar, consoante expressa disposição do art. 226 da Constituição Federal. Por conseguinte, constitui o direito de família um conjunto de normas de ordem pública e privada, no qual, a toda evidência, predominam as normas de ordem pública (LUZ, p.6, 2009).

1.1 Conceito de Família e Sua Evolução Histórica

Após o advento do Estado Social ao longo do século XX o conceito de família sofreu profundas mudanças quanto a sua função, natureza e concepção, o Estado antes ausente passou a ter papel mais ativo na tutela das relações familiares e em suas várias manifestações sociais (LOBO, 2012).

A família preceituada pelo legislador do Código Civil de 1916 e adotada desde a colonização era a patriarcal, havendo, portanto, diversas discriminações em relação a mulher, inclusive no texto do Livro dedicado ao Direito de Família (LUZ, 2009).

Contudo, a família patriarcal entrou em crise, caindo por terra no nosso ordenamento pátrio através da promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a inserir diversos novos valores, mudando a realidade até então vivenciada.

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, 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 (LOBO, p. 15, 2012).

A Carta Magna modificou o instituto jurídico de família tendo três eixos transformadores, sendo o primeiro o preceituado no art. 226, do referido diploma,

que dispõe que: “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador encontra-se no § 6º, do art. 227, que preceitua a alteração do sistema de filiação, proibindo designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. A terceira mudança encontra-se nos artigos 5º, inciso I e 226, § 5º, que consagra o princípio da igualdade entre homens e mulheres. (PEREIRA;DIAS,1997 apud GONÇALVES, 2012).

Assim sendo, verifica-se que a família passou a ser um direito subjetivo público, tendo, portanto, proteção direta do Estado. A proteção a família na atualidade é um princípio amplamente aceito por diversos países, tendo, inclusive, a Organização das Nações Unidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada em 10 de dezembro de 1948, disposto que: "A família é núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado" (LOBO, 2012).

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins) (LOBO, p. 19, 2012).

As relações familiares podem ser divididas em horizontais e verticais, sendo que as primeiras constituídas por aqueles que são casados, convivem união estável, união livre ou até mesmo comunhão de vida, em contrapartida as verticais que são as relações de ascendências e descendência (ULHOA, 2012).

As relações horizontais são criadas de forma voluntária, tendo em vista que são estabelecidas por sujeitos que comunham a vontade de se manterem juntos, ao contrário das verticais, que são obrigatórias, pelo menos para os descendentes, tendo em vista possibilidade de escolha dos pais em terem filhos. Assim sendo, a

relação vertical, quando existente, é imposta aos pais e filhos e estes não podem desligar-se enquanto o filho não alcançar sua independência emocional e material (ULHOA, 2012).

Desta feita, embora haja meios de se desfazer o vínculo horizontal não é conhecido no direito meio de rompimento da relação vertical, ademais, a própria Constituição dispõe de forma cristalina e seu art. 229, que: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

1.2 Princípios Que Regem o Direito de Família

Após a Constituição Federal de 1988 houve difusão da força normativa dos princípios constitucionais, de forma a superar o efeito simbólico que anteriormente possuíam. Neste cenário o Código Civil de 2002 procurou adaptar-se a esta evolução, de forma a possuir ampla e atualizada regulamentação dos aspectos relativos ao direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais (GONÇALVES, 2012).

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade (GONÇALVES, 2012, p. 18).

Segundo Paulo Lobo os princípios do direito de família podem ser divididos em dois grupos: fundamentais (dignidade da pessoa humana e solidariedade) e gerais (igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança) (LOBO, 2012).

Rege-se o direito de família pelos seguintes princípios:

O princípio da solidariedade familiar assim como o princípio da dignidade da pessoa humana tem previsão constitucional, estando disposto na Carta Magna no art. 3º, inc. I, tal instituto reflete de forma direta nas relações familiares, tendo em vista que deve estar presente nos relacionamentos pessoais (TARTUCE, 2006).

A solidariedade é o vínculo racionalmente guiado que compele à oferta de ajuda apoiando em uma determinada similitude de interesses e objetivos, mas mantendo a diferença entre os parceiros (DENNIGER, 2003 *apud* LOBO, 2011).

Nos primeiros séculos da modernidade era passível de ser visto de forma mais presente o individualismo jurídico, que atualmente vem sendo superado por meio da inserção do princípio da solidariedade nas relações jurídicas.

No direito de família a solidariedade pode ser entendida entre os cônjuges e companheiros no que tange a necessidade de mútua assistência moral e material, já quanto aos filhos corresponde à exigência do cuidado que os pais devem ter com eles até ser atingida a vida adulta. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui o princípio da solidariedade como princípio a ser observado, sendo tal preceito repetido no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º (LOBO, 2011).

Como exemplo da aplicação do princípio no direito de família podemos citar a garantia que os tribunais têm atribuído aos avós, ex-companheiros homossexuais, tios, padrastos e madrastas ao direito de convivência com crianças e adolescentes, em face dos laços de parentesco construídos na convivência familiar (LOBO, 2011).

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”. O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta (LOBO, p. 66, 2011).

A dignidade da pessoa humana pode ser encarada como princípio máximo no ordenamento jurídico, tendo em vista que serve de base para diversos outros princípios.

A dignidade da pessoa humana se baseia na capacidade de atribuir valor pecuniário, sendo que tudo que possui preço não é uma dignidade, tendo em vista a capacidade de substituição que terá, assim sendo, aquilo que não permitir um equivalente será uma dignidade (KANT, 1986 *apud* LOBO, 2011).

Entre os ramos do Direito Privado é possível de se dizer que o Direito de Família é o que possui mais ingerência da dignidade da pessoa humana. Ademais, embora muitos doutrinadores apresentem diversos conceitos acerca do tema, cabe esclarecer que o princípio em pauta trata-se de cláusula geral, de conceito legal indeterminado, com variações conforme o caso concreto (TARTUCE, 2013).

A doutrina destaca o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas (LOBO, 2011, p. 62).

Como exemplo da incidência da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, podemos destacar a indenização pelos pais no caso de abandono afetivo no qual os tribunais já se pronunciaram, em razão da clara violação ao princípio em comento (TARTUCE, 2013).

O princípio da igualdade, seja no sentido de tratamento igual aos filhos havidos no casamento ou não, seja no sentido de igualdade entre homens e mulheres causou grande mudança no ordenamento pátrio, tendo em vista que rompeu paradigmas que contaminavam a sociedade com discriminação.

Cabe ressaltar, que assim como todos os princípios, o da igualdade não é absoluto, tendo em vista que em determinados casos pode se excepcionado em

razão de situação específica, como é o caso da proibição apenas a viúva em casar-se por determinado interdito temporal após a viuvez.

Ainda que o comando preceituado na Constituição quanto a vedação à discriminação seja direcionado ao legislador, vedando a criação de normas que incitem o tratamento diferenciado e incentivando a política de igualdade, insta mencionar que o princípio em pauta repercute para os envolvidos tanto no campo patrimonial, como pessoal, não sendo admitida, portanto, qualquer forma de distinção jurídica (TARTUCE, 2006).

Por fim, ressalta-se que o presente princípio ainda acarreta a igualdade na chefia familiar, tendo em vista a igualdade entre homens e mulheres, podendo, inclusive, os filhos opinarem. Verifica-se assim, a *Despatriarcalização* do direito de família, vez que a figura paterna já não exerce mais a função exclusiva na chefia familiar (TARTUCE, 2006).

O artigo 227, da Constituição Federal prevê que é dever do Estado da família e da sociedade assegurar, com prioridade, à criança e ao adolescente, educação, lazer, profissionalização, saúde, dignidade, e etc., tal proteção é regularizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe que criança é aquela com idade compreendida de zero a doze anos incompletos e adolescente é aquele que tem entre doze e dezoito anos.

O princípio do melhor interesse da criança foi incluído inicialmente no ordenamento pátrio por meio da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de forma que significa que nos casos em que houver conflito de interesses, ou até mesmo na convivência familiar, os menores devem ser tratados com prioridade (LOBO, 2011).

Com a inserção do presente princípio nas relações jurídicas é possível verificar que houve inversão de prioridades, tendo em vista que os interesses dos pais não é mais o protagonista das relações familiares, assim sendo, ao contrário do

que ocorria anteriormente a criança não é mais mero objeto da decisão judicial nos casos de conflitos entre os pais.

2 A GUARDA NO DIREITO DE FAMÍLIA

As relações horizontais e verticais são independentes, de forma que a dissolução da sociedade conjugal não resulta em alteração no dever dos pais com os filhos, nestes termos é o disposto no art. 1.579, do Código Civil, que narra que: "O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos" (BRASIL, 2002).

A guarda pode ser configurada no universo jurídico enquanto direito e dever dos pais, tendo em vista que a infração deste dever pode resultar na perda do poder familiar e constitui fundamento para ação de alimentos (GONÇALVES, 2012).

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício (LOBO, 2011, p. 190).

A guarda é a necessidade de assistência moral, espiritual e material, que confere ao detentor o direito de opor-se a terceiros. Insta mencionar que é disposto que a obrigação dos pais com os filhos é até completar a maioridade, entretanto, a doutrina e jurisprudência estendem tal obrigação até o término do curso superior (GONÇALVES, 2012).

A regra preceituada no ordenamento é no sentido de que os pais devem acordar os termos quanto a guarda nos casos de não manterem vínculo matrimonial, entretanto, esta possibilidade não é absoluta, tendo em vista que o juiz pode regular a guarda de maneira diversa visando o interesse do menor, conforme preceitua o art. 1.586, do Código Civil (LOBO, 2011).

Caso fique comprovado que o guardião não trate convenientemente a criança ou o adolescente a guarda poderá ser retirada. Ademais, a guarda também poderá ser modificada quando o guardião exceder os limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé e bons costumes (LOBO, 2011).

A atribuição da guarda a um dos genitores, em nada altera a extensão do poder familiar no que diz respeito aos demais direitos e deveres. Mesmo o pai ou a mãe que não titula a guarda continua a participar do poder familiar. Se o filho não vai bem na escola, a responsabilidade por encaminhar uma solução não cabe exclusivamente ao titular da guarda, mas a ambos os pais. Se o menor precisa de aconselhamento, cuidados médicos, diversão ou atenção e carinho, não se pode omitir o pai ou a mãe que não titula a guarda, sob pretexto de dela estar excluído (ULHOA, p. 238, 2012).

O poder familiar é o exercício pela autoridade dos pais sobre os filhos menores de idade e não emancipados visando o interesse destes. O instituto em apreço decorre da necessidade natural do ser humano, tendo em vista que não basta que os pais forneçam alimentação aos filhos e deixe que eles cresçam à lei da natureza (GONÇALVES, 2012).

A expressão de poder familiar instituída pelo Código Civil de 2002 substituí o termo "pátrio poder", eis que esta sugere o exercício unilateral pelo pai, situação já superada pela *Despatriarcalização do Direito de Família*. Ademais, a doutrina sustenta que o termo mais adequado para a intitulação dos deveres e direitos dos pais com os filhos seria "*autoridade parental*", tal alteração consta na proposta de alteração no PL 2.285/2007 (TARTUCE, 2013).

Segundo o preceituado no art. 1.634 o poder familiar traz diversas atribuições aos pais, verdadeiros deveres legais, entre os quais destaca-se a companhia e guarda, verifica-se, portanto, que a guarda é uma das situações que os pais vivenciam no poder familiar, de forma que nem sempre aquele que tem o poder familiar terá a guarda (TARTUCE, 2013).

Assim sendo, cabe concluir que a guarda é uma pequena porção da autoridade conferida aos pais no exercício do poder familiar, podendo, inclusive, tais institutos terem titulares diversos.

2.1 Tipos de Guarda

A guarda conforme já mencionado em tópico referente a sua conceituação consiste na atribuição a um dos pais ou aos dois dos deveres de cuidado, zelo e custódia do filho. Podendo ser exercida de forma exclusiva (unilateral) por um dos pais ou pelos dois (compartilhada/dividida), a guarda, nesses casos, integra o poder familiar daquele que a exerce (LOBO, 2011).

A legislação pátria refere-se a guarda de forma geral, tendo em vista que existem vários tipos de guarda, sendo cada uma escolhida conforme o caso concreto.

A guarda unilateral é aquela que é atribuída pelo juiz nos casos em que os pais divorciados ou que nunca dividiram a mesma residência não conseguem chegar a um consenso, se tornando inviável a guarda compartilhada que é a prioridade no ordenamento pátrio. A guarda unilateral também pode ser atribuída a um terceiro quando os pais não tiverem as condições necessárias (LOBO, 2011).

O art. 1.583, §1º, do Código Civil dispõe que a guarda unilateral é aquela *"atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua"*, assim sendo, apenas uma pessoa terá a guarda, enquanto outra terá a seu favor a regulamentação do direito de visitas. (GONÇALVES, 2012).

No Brasil a opção preferencial de guarda unilateral é conferida a mulher (segundo dados do IBGE em 87,1% dos casos de divórcio, em 2012, a guarda ficou com a mãe), tal circunstância advém da inconsciente divisão de que aos pais cabe o provento financeiro e às mães os deveres do lar, tal como a educação dos filhos (LOBO, 2011).

Com efeito, ainda que exista uma predisposição a ser escolhida a figura materna ao invés da paterna não existem óbices para a guarda unilateral masculina, tendo em vista que mesmo que demonstrado que exista maior despendido a vida profissional por uma das partes, caso fique claro que a indisponibilidade não afeta o desenvolvimento e a formação do filho, poderá haver a concessão da guarda.

Ademais, cabe ressaltar que o art. 1.583, §3º, do Código Civil dispõe que a guarda unilateral obriga àquele que não a detém supervisionar os interesses dos filhos, assim sendo, fica estabelecido um dever genérico de cuidado material e emocional. Tal dispositivo tem por intuito evitar o abandono moral, entretanto, ainda assim não consegue evitar tal circunstância, tendo em vista que o convívio diário caberá a apenas um dos pais, razão pela qual atualmente é dada preferência a guarda compartilhada na qual passa-se a analisar.

No século XIX as famílias eram patriarcais, de forma que cabia aos pais deter a guarda exclusiva e o poder pátrio com relação aos filhos, sendo a mulher submetida aos anseios do marido (BARRETO, 2006).

Com a industrialização passou a haver maior trabalho externo por parte da figura masculina, de forma que a mulher em face da necessidade de ficar sozinha com os filhos começou a ser considerada mais apta para a guarda (BARRETO, 2006).

A partir da década de setenta o Brasil vivenciou um aumento significativo na quantidade de divórcios, separações e novos casamentos, o que resultou na alteração do perfil da família brasileira (LEIRA, 2001).

A emancipação da mulher, sua inserção cada vez maior no mercado de trabalho, o tratamento igualitário no plano constitucional e a busca da efetividade desta isonomia com os homens em todos os setores da sociedade tornam urgentes, também, a reforma e a alteração na forma de partilhar, de dividir, as importantes e fundamentais obrigações de criar, educar, prover e manter a prole (LEIRA, p.3, 2001).

Assim sendo, é possível constatar que a mudança social selou o alicerce para a atribuição da guarda, tendo em vista a divisão mais equânime de tarefas, inclusive no que tange a educação dos filhos, desta forma inicia-se o interesse em manter o contato do filho com os pais tal como era antes (BARRETO, 2006).

Assim, hoje, já se percebe que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe atende ao melhor interesse da criança. Neste contexto, surgiram fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Psicanálise, Sociologia e, como não poderia deixar de ser, do Direito, a teorizar acerca da guarda compartilhada, de modo que, em muitos países, já é comumente aplicada, e concebida como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental (BARRETO, p.3, 2006).

A Lei 11.698/08, que alterou a redação do art. 1.583, §1º, do Código Civil, modificou radicalmente a guarda no ordenamento pátrio, tendo em vista que o modelo preferencial adotado até então era o de guarda unilateral com direito de visita, por meio desta alteração legislativa foi instituída a guarda compartilhada como prioritária, que somente deve ser afastada em prol do princípio do melhor interesse dos filhos (LOBO, 2011).

Anteriormente a alteração legislativa a doutrina e a jurisprudência já haviam se manifestado no sentido de que inexistia restrição legal à atribuição da guarda dos filhos a ambos genitores, tendo em vista o direito preceituado no ECA quanto ao direito de convivência familiar (GONÇALVES, 2012).

O sistema em pauta já vem sendo utilizado pelos Estados Unidos com a denominação de *joint custody*, sendo baseado na mútua cooperação, de forma que ficam os detentores da guarda, residentes em locais diferentes, responsáveis pelo conjunto de decisões quanto ao bem-estar, educação e criação.

A guarda compartilhada pode ser determinada pelo juiz, sempre que possível, ainda que não haja acordo pelos pais quanto a esta situação.

Por meio da modalidade em comento extingue-se o distanciamento existente entre os pais que não possuem a guarda dos filhos, eis que não haverá mais a restrição de período e determinação rígida de visitas, de forma que ambos os genitores poderão participar da rotina dos filhos. Ademais, em face da preferência da concessão de guarda à mãe é possível ver na sociedade atual um distanciamento da figura paterna, o que cria prejuízos a formação e estabilidade emocional das crianças (LOBO, 2011).

Ainda que a concessão da guarda compartilhada seja mais viável para pais que residam próximos, de maneira que as crianças possam deslocar-se mais livremente entre as residências dos pais, inexiste óbice ao deferimento da guarda a pais que residam em cidades ou até mesmo países diferentes, tendo em vista a existência de meios tecnológicos que permitem a proximidade entre pais e filhos (LOBO, 2011).

A guarda alternada aproxima-se da compartilhada, tendo em vista a divisão de convivência do filho entre ambos genitores, entretanto, diferencia-se da compartilhada tendo em vista que implica em períodos de tempo pré-estabelecidos, que se dá normalmente de forma equânime entre ambos genitores, podendo o período de tempo alternado ser anual, semestral ou mensal (BRUNO, 2002).

Nesta, o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. Por exemplo, o filho reside com um dos pais durante o período escolar e com o outro durante as férias, notadamente quando as residências forem em cidades diferentes. Alguns denominam essa modalidade de residências alternadas. Em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável. A doutrina especializada recomenda que sua utilização deva ser feita em situação excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, a saber, a convivência simultânea com os pais, a corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar, a definição da residência preferencial do filho (LOBO, p. 204, 2012).

3 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A denominação Síndrome da Alienação Parental (SAP) adveio da psiquiatria norte-americana, tendo sido utilizada por Richard Gardner em 1985 ao se referir às ações de guarda em que um dos pais induzia a criança a romper laços afetivos com o outro (GONÇALVES, 2012).

O instituto em apreço também denominado de implantação de falsas memórias infelizmente aparece corriqueiramente no âmbito das famílias, tendo em vista a dificuldade que o cônjuge possui por vezes de separar a mágoa da dissolução conjugal, de forma que transfere o rancor, conscientemente ou inconscientemente, quanto ao ex aos filhos, de forma que o desmoraliza, criando sentimento de descrédito (TARTUCE, 2013).

Ressalta-se que embora a maioria da doutrina refira-se aos casos de SAP quando ocorre a dissolução da sociedade do vínculo conjugal, é possível de se verificar tal situação em pais que residem na mesma casa ou ainda com relação a avós, tios e etc (DIAS, 2010).

A doutrina enumera diversas motivações que podem levar ao detentor da guarda a fazer alienação parental, entre os quais destaca-se o desejo de vingança, a insatisfação com a situação financeira após a dissolução conjugal, superproteção, desejo de não dividir a guarda com o ex - cônjuge, depressão, solidão, entre outros aspectos (PINHO, 2011).

A criança que padece de SAP normalmente se recusa sem qualquer motivo aparente ao convívio com o alienado, tendo em vista a impregnação dos conceitos negativos que o alienador instalou (FONSECA, 2006).

Insta ressaltar que a Síndrome da Alienação Parental não se confunde com a mera Alienação Parental, tendo em vista que aquela é consequência desta, ou seja, o afastamento causado pela Alienação Parental resulta no conjunto de

consequências emocionais e sociais que constitui na Síndrome da Alienação Parental (FONSECA, 2006).

Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta alienante, quando ainda não deu lugar à instalação da síndrome, é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido. Já a síndrome, segundo as estatísticas divulgadas por Darnall, somente cede, durante a infância, em 5% dos casos (FONSECA, p. 3, 2006).

A conduta de alienação parental é reversível, desde que não tenha se instalado a SAP, assim sendo, se o poder judiciário verifica tal situação é possível por meio de acompanhamento psicológico ou até mesmo pela inversão da guarda que haja reestabelecimento das relações dos filhos com o genitor alienado (PINHO, 2011).

A Síndrome da Alienação Parental pode se manifestar por diversas extensões, tendo em vista que nem sempre é atingida de forma absoluta, eis que há casos onde ainda é possível que se realize o contato da criança com o alienado em casas de parentes, locais públicos e etc., entretanto, em face do trabalho recorrente do genitor alienante é possível que haja a inviabilização do contato permanente com o alienado (FONSECA, 2006).

Mediante o exposto, verifica-se que o contato esporádico dos filhos com o genitor não detentor da guarda não é capaz de inibir a Síndrome da Alienação Parental, sendo necessária, portanto, uma maior participação na educação e formação daqueles. Considerando tal situação foi inserida no nosso ordenamento, como regime prioritário, a guarda compartilhada, de forma que visa a participação

mais efetiva de ambos os pais na rotina dos filhos, conforme será analisado em tópico pertinente (ALVES, 2009).

A partir da aprovação da Lei de Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/08), houve maior difusão nos meios de comunicação da Síndrome da Alienação Parental, a movimentação da opinião pública resultou no mesmo ano da publicação da Lei supramencionada na elaboração de um projeto de Lei versando sobre a Síndrome da Alienação Parental (SOUZA; BRITO, 2011).

O Deputado Federal Régis de Oliveira (PSC/SP) apresentou o projeto de lei nº 4.053/08, no qual tramitou no Congresso Nacional, tornando-se após aprovado a Lei nº 12.318/10, promulgada em 26 de agosto de 2010, desta feita, surgiu no ordenamento positivado o instituto da Alienação Parental, muito embora tal situação já existia no cotidiano das famílias brasileiras.

Observa-se que a justificação para a nova lei, ao se referir à denominada alienação parental como resultado de conduta hostil por parte de um genitor e da manipulação que este exerceria sobre a criança, reduz a problemática que envolve as relações parentais no divórcio a disposições pessoais, especialmente no que se refere ao genitor guardião. Cabe salientar que, na visão de Gardner (1991), a alienação, em alguns casos, estaria integrada à estrutura psíquica do dito genitor alienador; assim, o desfecho do casamento, aliado a disputas judiciais, poderia dar sequência à irrupção de transtornos psiquiátricos no mesmo. Diante disso, pode-se pensar que, a partir da criação da nova lei brasileira sobre alienação parental, não só as crianças, mas também os genitores guardiães, ou seja, as mães, na maioria dos casos, passam a ser percebidas como possíveis portadoras de distúrbios psicológicos, como descrevem os autores nacionais citados anteriormente (SOUZA; BRITO, p.2, 2011).

Assim sendo, verifica-se que qualquer pessoa que tenha em sua guarda criança ou adolescente pode ser sujeito ativo da alienação parental com a intenção de criar prejuízos a manutenção dos vínculos com o alienado, o que vai de encontro ao preceituado no Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe em seu art. 1º, sobre a proteção integral e contraria, também, o direito à convivência familiar

disposto no art. 1569, do Código Civil e no art. 227, da Constituição Federal (LOUREIRO, 2013).

A Lei nº 12.318, em seu art. 2º, parágrafo único elenca de maneira elucidativa diversas formas passíveis ocorrência da alienação parental, como promover campanha de desqualificação, dificultar o exercício da autoridade parental, mudar de domicílio para local distante sem motivo, entre outros.

Em caso de indícios da existência de alienação parental caberá a instauração de procedimento que terá tramitação prioritária, devendo a perícia ser apresentada em 90 (noventa) dias. Verificando a existência da alienação, poderá o Magistrado advertir o alienador, ampliar o regime de convivência em favor do alienado, inverter o detentor da guarda ou alterá-la para compartilhada.

Destaca-se que o Magistrado, após a oitiva do Ministério Público, tomará medidas de urgências que vise preservar a integridade física e psicológica das crianças e adolescentes.

A Lei em comento teve dois dispositivos vetados por meio da mensagem de veto nº 513, que acompanhou o texto da promulgação, por contrariedade ao interesse público, nos termos do art. 66, da Constituição Federal.

O primeiro dispositivo vetado foi o art. 9º, que dispunha acerca da mediação nos casos de litígio, a razão do veto foi baseada na indisponibilidade do direito da criança e do adolescente à convivência familiar.

Já o segundo ponto do veto foi o art. 10, que dispunha em seu parágrafo único, que incorria no crime preceituado no art. 236, do Estatuto da Criança e do Adolescente, culminando nas mesmas penas do *caput*, aquele que apresentasse relato falso à autoridade cujo o teor pudesse ensejar em restrição à convivência da criança ou adolescente com genitor.

O veto ao dispositivo supramencionado fundou-se no fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente já possui mecanismos de punição suficientes com o intuito de inibir a Alienação Parental, de forma que não se faria necessário a

inclusão de uma sanção penal, nos quais os efeitos poderiam ser prejudiciais a criança e ao adolescente.

Ademais, além do preceituado taxativamente na Lei nº 12.318/10, insta mencionar que a proteção à dignidade da pessoa humana disposta no art. 1º, da Constituição Federal, abarca a vedação a práticas que podem culminar no abalo psíquico e emocional da criança e do adolescente, tal como ocorre na Alienação Parental (PINHO, 2011).

A Constituição Federal também dispõe em seu art. 227 que é dever da família assegurar à criança e ao adolescente o convívio familiar, a dignidade, respeito e etc., assim sendo, verifica-se que a CF salvaguarda o direito à convivência familiar, sendo este considerado inclusive, um direito natural, preceituado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 enquanto inalienável (PINHO, 2011).

O desaparecimento da família patriarcal, a inserção da mulher no mercado de trabalho e diversas outras situações sociais, culturais e políticas, culminaram no modelo de família tal como ele é atualmente. Assim sendo, as uniões que, como regra, perduravam durante toda uma vida, passaram a não mais existir, tendo em vista o contexto facilitador da dissolução conjugal que anteriormente não era passível de ser visto. (PINHO, 2011).

As relações familiares são a base das relações emocionais, sociais, culturais e psiquiátricas, eis que utilizamos os valores construídos nelas ao longo da vida. A incidência da dissolução conjugal faz com que haja alteração na rotina e o afastamento de um dos cônjuges que deixará de residir na mesma residência que outrora morava.

Com o rompimento das relações afetivas, seja casamento ou união estável, as relações de convivência dos ex - consortes com os filhos passa a ser definida pelo regime de guarda e visitação (PINHO, 2011).

Quando finda a relação e ambos os pais continuam a conviver ativamente com o filho, dificilmente haverá um genitor alienador, tendo em vista que a presença do outro inibirá a alienação parental (PRADO, 2013).

Anteriormente a existência da Lei 11.698/08 o modelo preponderante de guarda era a exclusiva, de forma que cabia a um dos genitores a guarda, enquanto ao outro era assegurado o direito de visitação (PINHO, 2011).

A guarda monoparental resulta em afrouxamento dos laços afetivos pelo cônjuge não detentor da guarda, tendo em vista que a visitação culmina em situação crítica para redefinição de poder e intimidade dos ex - cônjuges. Além disso, é alegado pelos pais que a baixa visitação é resultante da situação estressante que decorrem da dificuldade contato com o outro genitor (ROBLES, 2009 *apud* PINHO, 2011).

A incidência da dissolução da sociedade conjugal resulta na deliberação entre os genitores quanto a quem ficará com a guarda. O art. 1.584, §2º, do Código Civil, preceitua que devem os pais acordarem sobre a guarda, devendo esta ser atribuída a quem tenha melhores condições, de forma que não havendo acordo entre os responsáveis deverá ser aplicada a compartilhada, sempre que possível.

A instituição da guarda compartilhada faz com que seja preservada as relações parentais de forma mais próxima ao que ocorria antes do divórcio ou separação e afasta a possibilidade de alienação parental, vez que há em tal modalidade a presença constante de ambos os genitores, de forma que estes exerceram suas funções de maneira responsável, dialogando constantemente sobre os interesses dos filhos (PINHO, 2011).

Ademais, embora a guarda compartilhada seja mais indicada para os casos em que os genitores convivam de forma harmônica, cabe dizer que mesmo em situações de dissoluções conjugais conflituosas, deve-se buscar o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de que estes

tenham o devido convívio familiar, aplicando-se, como regra, a guarda compartilhada (PINHO, 2011).

A importância de se estabelecer a guarda compartilhada, inclusive, é mais perceptível nos casos em que os pais se separaram/divorciaram de uma forma traumática, tendo em vista que há maior possibilidade de alienação parental, em face dos sentimentos com relação ao outro cônjuge.

Assim sendo, fica cristalina a necessidade de instituição da guarda compartilhada, sendo aplicada a unilateral apenas nos casos de impossibilidade de aplicação dessa, eis que é o meio capaz de inibir a síndrome da alienação parental e garantir o melhor interesse da criança e do adolescente (TUDELA; FERNANDES, 2011).

A guarda compartilhada faz com que o filho que necessita da formação afetiva do pai e da mãe possa ter convivência com ambos, de forma passa-se a ter um relacionamento destituído de traumas ou conflitos, não sendo a criança e o adolescente alvo de sentimentos mal compreendidos (TUDELA; FERNANDES, 2011).

Atualmente já é pacificado nos Tribunais que a preferência para a concessão da guarda é a compartilhada, rompendo-se assim, com o preconceito anteriormente existente que tal modalidade acarretaria na perda da identidade da criança do que é lar, tendo em vista, que o convívio familiar nesses casos deve ser priorizado.

CONCLUSÃO

Ante o exposto e após a análise da necessidade de se manter as relações parentais visando o melhor interesse do menor, faz-se importante ressaltar que a guarda compartilhada constitui meio de plena eficácia do convívio familiar harmônico, eis que aproxima-se do status "*a quo*" do rompimento do vínculo entre os cônjuges.

A evolução da família com a maior participação de ambos os pais nas tarefas domésticas e no ganho financeiro faz com que já haja uma divisão equânime, razão pela qual a guarda compartilhada é o reflexo da família moderna, eis que garante a ambos os genitores o direito e os deveres inerentes a criação e educação.

A guarda unilateral com direito de visitas, que anteriormente era adotada enquanto prioritária, facilitava o ambiente para a Alienação Parental, tendo em vista que a presença contínua de um dos genitores e a esporádica de outro criava o distanciamento necessário para que o alienante denegrisse o alienado, situação está que não é passível de ser vista na guarda compartilhada, tendo em vista que ambos os pais participam ativamente da vida do menor.

Ressalta-se que o defendido no presente trabalho não é a adoção irrestrita da guarda compartilhada, tendo em vista que deve haver ponderação quanto ao princípio do melhor interesse do menor, de forma que se quando esta for adotada não for ao encontro com tal princípio, a guarda unilateral será a solução. Contudo, é necessário ressaltar que a guarda compartilhada deve ser prioridade de escolha, devendo apenas ser afastada conforme a peculiaridade específica do caso.

Assim sendo, o que se pode concluir é que a mudança introduzida quanto a guarda compartilhada enquanto modalidade prioritária foi de extrema valia as relações parentais hoje existente, eis que permite a todos os familiares que a detiverem participarem de forma ativa na educação e no crescimento do menor. Ademais a guarda compartilhada além de proporcionar maior convivência evita que a criança desenvolva a Síndrome da Alienação Parental, que causa diversos prejuízos sociais, inclusive na vida adulta daquele que é alvo dela.

**JOINT CUSTODY AS A MEANS OF INHIBITING SYNDROME ALIENATION
PARIETAL**

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate how much has been beneficial, especially from the perspective of Parental Alienation Syndrome, the change brought with the enactment of Law 11.698 / 08, which amended the articles 1.583 and 1.584, both the Civil code. Search is thus demonstrate that the unilateral custody with visitation rights is not an effective means for family life, behold, the best interests of children and adolescents can be glimpsed in crystalline form in the system that adopts the continuous presence of both the parents in child education, why should be prioritized shared custody, and this may be refused only on grounds of physical protection, and especially child's mental and adolescents. Thus, we intend to show that the Parental Alienation Syndrome is extremely damaging to the lives of the suffering, which is why the distance with parents should be avoided here that favors the practice.

KEYWORDS: SHARED GUARD. PARENTAL ALIENATION. INTEREST BEST OF THE CHILD. FAMILY RIGHT.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto. **A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/08**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30443-31736-1-PB.pdf>. Acesso em: 01.03.2016.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações Sobre Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28287-282981PB.pdf>. Acesso em: 23.02.2016.

BRITO, Leila Maria Torraca de; Sousa, Analícia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental: Da Teoria Norte-Americana à Nova Lei Brasileira**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141498932011000200006#* a. Acesso em: 10.02.2016.

BRUNO, Denise Duarte. **Guarda Compartilhada**, 2008. Disponível em: http://gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Denise_Duarte_Bruno/Guarda.pdf. Acesso em: 21.02.2016.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf

CARNEZIN, Claudete Carvalho. **A Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral**. Disponível em: http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_guarda.pdf. Acesso em 01.03.2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família Sucessões**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental: Uma Nova Lei Para um Velho Problema**. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_-_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf. Acesso em: 01.03.2016.

FERNANDES, Welton; TUDELA, Daniele. **Guarda Compartilhada Como Forma de Inibir a Alienação Parental**. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1350/1037>. Acesso em: 01.03.2016.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Fonseca da. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: http://www.wilsoncamilo.org/arquivos/alienacao_parental.pdf. Acesso em: 15.02.2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 6: Direito de Família**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LEIRA, Maria Lucia Luz. **Guarda Compartilhada: A Difícil Passagem da Teoria à Prática**. Disponível em: <http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/2832028331-1-PB.pdf>. Acesso em: 01.03.2016.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Daniele de Almeida Bezerra. **A Eficácia da Lei 12.318 de 2010**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-eficacia-da-lei-12318de2010,43499.html>. Acesso em: 01.03.2016.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Manole Ltda., 2009.

PINHO, Ana Carla. **A Alienação Parental e a guarda compartilhada como forma de prevenção**. 2011. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/1639/1150. Acesso em: 29/03/2016.

PRADO, Evelyn Perez. **Guarda Compartilhada Como Meio de Diminuir o Risco de Síndrome de Alienação Parental**. 2013. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2014/03/GUARDA-COMPARTILHADACOMO-MEIO-DE-DIMINUIR-O-RISCO-DE-SINDROME-DEALIEENACAOPARENTAL.pdf>. Acesso em: 17.02.2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios de Direito de Família Brasileiro**. 2006.

Disponível em:

[http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material / Principios%20do%20Dir%20de%20Familia.pdf](http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Principios%20do%20Dir%20de%20Familia.pdf). Acesso em : 18.02.2016.

ZEGER, Ivone. **A Diferença Entre Guarda e o Poder Familiar**, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guardapoderfamiliar>. Acesso em: 29.02.2016.