

CURSO DE DIREITO

Leomar Éder Fontoura

**ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE
JURÍDICA DE COMO ALCANÇAR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Santa Cruz do Sul
2017

Leomar Éder Fontoura

**ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE JURÍDICA
DE COMO ALCANÇAR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso,
modalidade monografia, apresentado ao
Curso de Direito da Universidade de Santa
Cruz do Sul, UNISC, para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Prof. Orientadora Ms. Tatiane Kipper

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso, do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Leomar Éder Fontoura adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 22 de junho de 2017.

Prof. Orientadora
Ms. Tatiane Kipper

Dedico este trabalho a todos os meus amigos e familiares pelo apoio e por acreditarem na minha capacidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças nesta caminhada.

Agradeço aos meus familiares e amigos, em especial ao meu PAI que não está mais entre nós, mas esteja onde estiver com certeza está orgulhoso contagiando com suas gargalhadas o ambiente de tanta felicidade.

Agradeço a todos os professores pelos conhecimentos passados, em especial a minha orientadora Tatiane Kipper.

Agradeço aos meus amigos e colegas de curso principalmente a minha colega e amiga Paloma por toda ajuda e companheirismo nestes anos.

E, em especial a minha Mãe, filhos e principalmente minha esposa Orlanda por toda ajuda, carinho, paciência e dedicação nestes longos anos sempre me ajudando e incentivando nesta jornada.

RESUMO

O presente trabalho vem tratar dos temas “alienação parental e guarda compartilhada: análise jurídica de como alcançar o melhor interesse da criança e do Adolescente” com o propósito de analisar e discutir o seguinte problema: Considerando o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, é possível considerar a guarda compartilhada como um instrumento capaz de inibir a alienação parental e assim buscar o melhor interesse da Criança e do Adolescente? Tem como objetivo discutir os benefícios da guarda compartilhada suas implicações jurídicas e os resultados obtidos, ainda que parciais, como regra de um maior convívio com os filhos nos casos de dissoluções das uniões afetivas, o que comprovadamente influencia muito no desenvolvimento dos menores. Ainda, como citado acima, analisará a Alienação Parental, apontando suas características e consequências, bem como o tratamento doutrinário dispensado à este instituto. O estudo foi baseado no método hermenêutico jurídico, com a técnica da bibliografia desenvolvida através da coleta em materiais como livros, artigos, pesquisas na internet e jurisprudências.

Palavras-chave: alienação parental; criança; direito de família; guarda compartilhada.

SUMMARY

The present work deals with the themes "parental alienation and shared custody: legal analysis of how to reach the best interest of the child and the Adolescent "with the purpose of analyzing and discussing the following problem: Considering the doctrinal and jurisprudential understanding on the subject, is it possible to consider shared custody as an instrument capable of inhibiting parental alienation and thus seeking the best interest of the Child and Adolescent? Its objective is to discuss the benefits of shared custody of its legal implications and the results obtained, even if partial, as a rule of greater conviviality with the children in cases of dissolution of the affective unions, which has a great influence on the development of children. Still, as mentioned above, it will analyze Parental Alienation, pointing out its characteristics and consequences, as well as the doctrinal treatment given to this institute. The study was based on the legal hermeneutic method, with the technique of bibliography developed through the collection of materials such as books, articles, internet research and jurisprudence.

Keywords: parental alienation; child; family right; Shared guard.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	DESENVOLVIMENTO DA FAMÍLIA: CONCEITO E EVOLUÇÃO NO CODIGO CIVIL.....	11
2.1	Desenvolvimento da família.....	11
2.2	O poder familiar na previsão legal.....	15
2.3	Da tutela.....	17
2.4	Da adoção.....	21
3	A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	28
3.1	Disposições gerais sobre a guarda.....	28
3.2	Guarda compartilhada.....	34
4	DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEQUENCIAS E FORMAS LEGAIS DE COMBATER.....	43
4.1	Conceituando a alienação parental.....	43
4.2	O judiciário e a alienação parental.....	47
4.3	Os tribunais e a alienação parental.....	49
5	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema, Alienação Parental e Guarda Compartilhada: análise jurídica de como alcançar o melhor interesse da criança e do adolescente. Considerando que os dois institutos são objetos de discussão de extrema importância na atualidade.

Assim, estes dois temas, quais sejam, a alienação parental e a guarda compartilhada ganham extrema importância quando em jogo o interesse dos menores, considerando o aumento de casos de alienação parental, bem como as alterações ocorridas no mundo jurídico acerca da guarda compartilhada, sendo esta, aplicada com maior frequência na atualidade, justamente por ser um instrumento capaz de inibir a alienação, ao permitir um contato mais efetivo de ambos os genitores com os filhos.

Daí a necessidade de buscar a melhor maneira de aproximar as crianças e adolescentes de suas famílias, para que, objetivamente, possam adquirir uma formação familiar advinda do convívio com estes, contribuindo, assim, para a construção de sua personalidade, evitando quaisquer formas de alienação parental que possam ir de forma contrária aos interesses dos menores.

O trabalho que ora se apresenta vem verificar o tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência aos institutos da alienação parental e guarda compartilhada, bem como se esta última pode ser vista como uma alternativa de combater a prática de alienação entre os parentes. Portanto traz o seguinte questionamento: é possível considerar a guarda compartilhada como um instrumento capaz de inibir a alienação parental e assim buscar o melhor interesse da Criança e do Adolescente?

Além disso, possui como objetivos apontar os principais elementos do direito de família, analisando a evolução e transformações jurídicas dos seus institutos. Visa também perquirir acerca da alienação parental, suas causas e consequências, ainda, analisar as espécies de guarda existentes e permitidas pelo direito brasileiro, destacando a guarda compartilhada e por último, mas não menos importante, verificar se é possível, de acordo com o entendimento da doutrina e jurisprudência, considerar a guarda compartilhada como um instrumento capaz de combater a alienação parental, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

Para justificar a escolha do tema, faz-se uso do fato de que a alienação parental traz uma série de consequências negativas para a criança e ao adolescente. Assim, com o número significativo de divórcios e dissoluções de união estável que acontecem nos dias atuais, aumentam a possibilidade de ocorrer tal fenômeno.

O estudo será desenvolvido através do método hermenêutico, no qual são construídas hipóteses ao problema proposto, que poderão se confirmar ou não. A técnica a ser utilizada será a revisão bibliográfica desenvolvida a partir da coleta em diversos materiais como livros, artigos, revistas, pesquisas na internet, jurisprudências e legislações.

Assim, no segundo capítulo, apresenta-se as transformações ocorridas no desenvolvimento das famílias e sua evolução no código civil, as alterações do poder familiar baseado no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a finalidade de beneficiar os menores, ressaltando a importância da tutela nos casos de incapacidade ou morte dos pais.

Destaca-se também a definição, benefícios e regras da adoção, bem como os reflexos do poder familiar na guarda, um instituto com diversas modalidades e um objetivo; a proteção e o bem estar do menor envolvido.

Neste sentido, no terceiro capítulo, será abordado o instituto da Guarda, com suas características e sua aplicabilidade, frisando a importância da Guarda Compartilhada, um dos temas do referido trabalho que vem como um dos assuntos mais polêmicos na atualidade, seu conceito, vantagens e desvantagens, destacando que o principal objetivo da mesma é evitar a alienação parental, trazida no quarto capítulo e que comprovadamente causa danos por vezes irreversíveis no menor envolvido.

2 DESENVOLVIMENTO DA FAMÍLIA: CONCEITO E EVOLUÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

Considerando as inúmeras transformações ocorridas ao longo dos anos no instituto familiar, percebe-se que o termo família de hoje comparado com o de anos atrás, perdeu muita força. Daí a necessidade de estudar justamente a sua evolução, o que passará a ser feito no desenvolver deste capítulo.

2.1 Desenvolvimento da Família

Até não muito tempo atrás, mantinha-se um modelo de família religiosa, onde após sacramentado o casamento, a família era transformada em instituição religiosa chefiada pelo marido. Até o século XIX a família também exerceu uma função de defesa, contra agressões externas, onde seus próprios membros se protegiam. (TEIXEIRA, 1993).

Outrora, as famílias eram sacramentadas pelo casamento, e garantiam-se por elas próprias em todos os fatores, enquanto que hoje ela já não é mais auto suficiente, e depara-se com muitos obstáculos a serem vencidos. Portanto Sílvio de Salvo Venosa, (2010, p.2), conceitua a família de uma maneira mais ampla sendo que:

Desse modo, importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico da natureza familiar". Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se o cônjuge, que não é considerado parente.

Segundo Venosa (2005), na comparação do pátrio poder em Roma e o instituto moderno, é notável as profundas modificações no desenvolvimento das famílias, como:

[...]em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o pater famílias é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do estado. De fato, sua autoridade não tinha limites e, com frequência (sic), os textos referem-se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos. O pater, sui juris, tinha o direito de punir, vender e matar os filhos, embora a história não noticie que chegasse a este extremo. Estes por sua vez, não tinham capacidade de direito, eram *alieni juris*. (VENOSA, 2005.p.334).

Na parte de produção para o mercado, as famílias produziam por elas próprias. Na educação até o século XIX, os ensinamentos eram dados na própria família ou em escolas das igrejas. (TEIXEIRA, 1993).

Analisando brevemente as características da família cristã dos séculos XXII a XXVIII, pode-se dizer que o direito de família era constituído por regras com penalidades severas que eram desde a execução da mulher adúltera pelo marido até punições aos filhos. E mais, a família era fundamentada pelo casamento e através dele se construía tudo, ainda era o homem, marido, pai quem impunha as normas para a organização da família, era ele, o único que votava e respondia pela família assumindo as funções públicas. (TEIXEIRA, 1993).

Ao longo dos tempos a família vem se modificando e transferindo funções. Mesmo sendo mudanças evidentes e de grande impacto desde os primeiros tempos de igreja cristã, estas só foram se acentuando a partir do século XXI.

Desde então são nítidas as mudanças, pois sua função de defender seus membros, quase desapareceu, funções de assistência vem gradativamente sendo assumida pela sociedade e estado, idosos saem do convívio das famílias e são colocados em lares. (TEIXEIRA, 1993).

Nos casos de doenças, o recurso principal é o hospital, em caso de desemprego ou invalidez, busca-se auxílio na segurança social. Instalam-se crises diante de quaisquer dificuldades familiares. (TEIXEIRA, 1993).

Com a revolução industrial a família deixou de ser auto suficiente, seus membros passaram de associados à assalariados, o homem foi para a rua trabalhar fora para dar o sustento da família e a mulher, a mãe, passa a ser do lar, responsável pela administração doméstica e dos filhos. Partindo deste princípio, os laços de afeto com os filhos também aumentou, pois estes passaram a ser objetos de cuidados das mães. (LÔBO, 2010).

Da mesma forma, ocorre o deslocamento do pátrio poder para o poder familiar, com inúmeras mudanças especialmente a que condiciona o interesse dos pais aos dos filhos:

[...]com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstituído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado aos interesses dos filhos, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. (LÔBO, 2010, p, 292).

A partir do século XXVIII, a responsabilidade da educação foi transferida para órgãos especializados, auxiliando assim as famílias que já encontravam dificuldades em acompanhar a evolução das técnicas e da ciência. (DIAS, 2013).

A família é juridicamente representada como sendo uma estrutura onde cada integrante tem seu lugar e sua função. Na organização da sociedade, o casamento nada mais é do que uma convenção social, capaz de organizar vínculos interpessoais. No entanto, esta sociedade em um determinado momento se vê na necessidade de impor limites ao homem para que este não faça do outro um objeto, daí o desenvolvimento das restrições à total liberdade, para tanto, vem a lei jurídica para exigir que ninguém fuja dessas restrições. (DIAS, 2013).

Dentre todos os meios sociais e jurídicos, os que mais se alteraram ao longo do tempo foram os que dizem respeito à compreensão e a extensão da família.

Na chegada de um novo século, a sociedade com uma mentalidade urbanizada, cada vez mais globalizada, através dos diversos meios de comunicação, acaba por definir um conceito de família bem distante das civilizações do passado.

Nos séculos XIX e XX ainda havia um padrão de vida rudimentar, onde os homens trabalhavam e suas esposas ficavam em casa com os filhos, sendo submetidas ao poder patriarcal. Com a chegada da Primeira e depois da Segunda Guerras Mundiais as mulheres assumiram um papel de grande importância frente as suas famílias, acarretando a perda da força do domínio do homem sobre a mulher. Portanto a família tradicional antes constituída por pai, mãe e filhos sanguíneos, começa a mudar seu conceito, adequando-se aos novos tempos. (WALD 2004).

Então é na metade do século XX que começam a ocorrer grandes mudanças no nosso ordenamento jurídico, que culminaram na publicação da Carta Magna de 1988. (Wald, 2004).

Com isso dá-se início a uma incansável proteção aos direitos de família, em especial aos direitos relacionados aos filhos e também deveres dos pais. Além disso, através da Carta Magna deu-se um grande passo em direção à igualdade dos cônjuges ou companheiros.

Atualmente, as questões envolvendo relações homo afetivas também ganham destaque na doutrina e nos Tribunais brasileiros, visando garantir direitos, tais como a adoção.

Portanto, dentre essas adequações pontua-se a necessidade do conhecimento dos direitos acerca da guarda compartilhada e da alienação parental, que objetivam proteger o bem estar da criança e do adolescente.

Justamente considerando os temas acima mencionados, traz-se o entendimento de Levy, no sentido que os direitos e deveres inerentes ao poder familiar devem continuar sob responsabilidade de ambos os pais, mesmo após uma desconstituição conjugal, para garantir os benefícios aos menores. (LEVY, 2008).

Frisando as transformações pelas quais sobrevieram as famílias ao longo dos tempos, Soares salienta que:

Como ressaltamos anteriormente, em sua evolução histórica, a família passou por várias transformações, de natureza política, econômica, moral, e assim por diante, daí o sentido da abordagem, acerca das concepções morais sobre as instituições familiares e suas repercussões na esfera jurídica. Ora, está fora de dúvida a existência da íntima relação das duas ordens-moral e jurídica-, visto que está consiste num mínimo preceitos daquela, daí a concepção segundo a qual nem tudo considerado legal é moral e *vice-versa*. (2004, p.129).

A família ainda é vista pela sociedade como base para o desenvolvimento de pessoas de moral e de boa índole, seguindo patamares anteriores de que as crianças e adolescentes que convivem com seus pais sob o mesmo teto tornam-se adultos de bom caráter. (WALD, 2004).

Anteriormente, o poder familiar consistia na criação dos filhos com direito exclusivo ao dos pais, o qual cessava-se com a maioridade. Hoje o Estado assumiu um amplo poder, criando leis e normas para a defesa e o bem estar das crianças e adolescentes. (WALD, 2004).

Compete aos pais a educação, criação de todos os filhos, provindos do casamento, uniões estáveis ou filhos adotivos, cabendo a todos os direitos de uma base familiar sólida, capaz de construir um bom alicerce para suas vidas. Nesse sentido, Grisard Filho:

Como vimos, o poder familiar é instituto de proteção da menoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores. Trata-se de um *húmus público*, razão pela qual o estado está legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. E o faz fiscalizando a atuação dos pais, por não ser o poder familiar absoluto nem intangível, como o propósito de evitar abusos. (2010, p. 51).

Ao longo dos anos se verificam as transformações acerca do poder familiar em relação aos filhos. Portanto não se pode deixar de salientar que o filho anteriormente era tratado como um objeto no caso de dissoluções da família. Ele era, usado, no contexto em que se encontrava, como descreve Rizzardo: Hoje os filhos têm seus direitos garantidos, enquanto seus pais têm direitos e deveres com sua prole, sempre protegendo e prezando pelo bem estar e suas necessidades, tanto financeiras, sociais, quanto psicológicas, respondendo por eles até o momento em que alcançarem a maioridade. (RIZZARDO, 2006).

Importante salientar que estas mudanças não extinguem totalmente a subordinação dos filhos aos seus responsáveis, pois ainda compete a eles, sua educação e proteção.

Com relação aos bens materiais que por ventura venham a ter os menores, tem-se o artigo 1689 do Código Civil, o qual dispõe que a mãe e o pai são responsáveis por gerir e usufruir dos bens dos filhos menores, não podendo apropriar-se dos mesmos apenas para cobrir despesas familiares: “Art. 1689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I- são usufrutuários dos bens dos filhos; II-têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.” (BRASIL, 2002).

De acordo com Azevedo (1999) em relação à valorização da família natural, é vedado qualquer ato discriminatório, assentando que família natural independe da legitimidade ou não dos filhos. Também traz que outrora, só era considerado válido o casamento religioso, no entanto com as mudanças ocorridas nas leis, torna-se válida a união por quaisquer laços independente de costumes, crenças ou religião, vedando qualquer ato de discriminação. (Azevedo,1999).

Visto a evolução ocorrida ao longo dos tempos, bem como as alterações pelas quais passou o poder familiar, é de se analisar alguns institutos, presentes no poder familiar, no que se refere à ausência dos genitores biológicos.

2.2 O poder familiar na previsão legal

Uma das mais importantes alterações do poder familiar, é que ambos os genitores o exerça em conjunto e para tanto tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente para disciplinar o poder familiar. (LÔBO, 2006).

Além do ECA, para disciplinar os deveres dos pais, tem-se a Constituição Federal que em seu artigo 227 traz um conjunto de deveres da família, da sociedade e do Estado à benefício dos menores, como:

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

Assim, é dever dos pais para com os filhos, dar-lhes criação e educação, preparar-lhes para a vida, capacitá-los física, moral, espiritual, e socialmente em condições de dignidade. (DINIZ, 2010).

A Constituição Federal traz o assunto da educação em seu artigo 205:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será provida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Já o artigo 248 do Código Penal, segundo Paulo Lôbo, trata-se de crime a indução de menor de 18 anos, a fugir do seu responsável legal, fato este que está sujeito até mesmo à detenção de um mês a um ano, por subtração de menores, como encontra-se a seguir:

Art. 248 - Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame: (BRASIL, 1940).

Verificado algumas peculiaridades acerca do poder familiar, vale ressaltar agora reflexos deste em relação à tutela como uma das modalidades de guarda existentes na legislação brasileira.

Esta de grande importância, pois é uma das soluções para os casos de menores desassistidos, órfãos ou em situação de risco. Contudo, a mesma é bastante rigorosa na sua aplicabilidade, para que o menor esteja sempre protegido e amparado pela lei.

2.3 Da tutela

É de conhecimento de todos que os protetores naturais dos menores são os pais, tanto que estes tem total poder sobre os bens de seus filhos, condição esta que é negada ao tutor, por esse motivo o tutor é tão fiscalizado. (DIAS, 2006).

No entanto os casos mais preocupantes são os que dizem respeito aos órfãos ricos, pois nesses casos, o tutor tem a obrigação de administrar os bens sem deixar o menor desassistido emocionalmente. (DIAS, 2006).

Sabendo que crianças e adolescentes não têm capacidade de administrar seus bens e responder por seus atos e que estes necessitam de quem os proteja e os defenda, faz-se necessário uma representação legal. Esta é definida por Wald da seguinte forma:

A tutela e a curatela são institutos que visam suprir as incapacidades de fato existentes, permitindo a representação ou assistência do incapaz, a administração de seus bens e o auxílio que for necessário para sua manutenção, criação e educação. (WALD, 2004, p.214).

Em caso de falecimento dos pais, o tutor pode ser definido através de testamento, e na falta deste, a tutela pertence aos parentes consanguíneos com preferência aos de grau mais próximo e do mais velho ao mais novo, mas quem decide isso é o juiz, baseando-se no mais apto. Na falta de um tutor destinado, o juiz nomeara um tutor dativo, consoante ensina Rizzardo (2006).

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem auxiliar a lei civil na instituição da tutela, tornando sujeitos à ela, os menores de dezoito anos conforme Artigo 36 do ECA.

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos. Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda. (BRASIL, 2009).

Se o menor encontrar-se, mesmo que órfão, vivendo em ambiente familiar, o assunto é de competência do juízo das varas de família. No entanto se este menor encontra-se em situação de risco, conforme Artigo 98 do ECA a competência é da justiça da infância e juventude. (DIAS, 2013). Cabe, portanto destacar a previsão do artigo 98 do Estatuto:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta. (BRASIL, 2009).

Ao Ministério Público compete à nomeação do tutor bem como o pleito pela prestação de conta por parte do tutor, conforme artigo 201, incisos III e IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o fim de certificar-se de que o menor está sendo bem assistido:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;

IV - promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98. (BRASIL, 2009).

Através do ECA em seu artigo 28 tem-se possibilidades de proteção às crianças e adolescentes que se encontrem afastados do poder familiar, com a colocação em família substituta.

No entanto, sempre que possível será efetuada a oitiva da criança por profissionais, pois sua opinião será devidamente considerada. Já nos casos de maiores de 12 (doze) anos se faz necessário o consentimento do menor, sempre avaliando e dando preferência ao grau de parentesco, e a relação de afinidade ou de afetividade, tomando cuidado para que irmãos sejam colocados sobre a guarda ou adoção da mesma família, evitando o rompimento dos vínculos fraternais.

Cabe frisar também que a colocação da criança em família substituta deverá se dar sempre a partir de uma preparação gradativa e de preferência com o apoio de técnicos responsáveis na garantia dos direitos à convivência familiar, diminuindo assim os riscos de eventuais resistências às medidas. (COSTA E PORTO, 2013).

Normalmente não é permitida a nomeação de duas pessoas como tutores. Contudo não há impedimento plausível para o desempenho do tal encargo. Até porque o ECA vem fazendo com que tal critério tradicional seja revisto, pois em muitos casos é muito mais saudável ao tutelado o convívio com um casal, sejam eles casados, união estável, hétero ou homo afetivo. (DIAS, 2013).

De acordo com o que consta no artigo 1729 do Código Civil, que trata da tutela documental, compete aos pais, em conjunto nomear por testamento, um tutor ao seus filhos, sendo nula se esta for feita pelo genitor que no momento não estivesse no exercício do poder familiar, conforme artigos 1.729 a 1.730 do Código civil: (DIAS, 2013).

Sobre a nulidade, é de se observar o artigo 1.730, conforme salientado: “Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar”. (BRASIL, 2002).

O fato é que esta tutela só terá valor após a aprovação jurídica, pois mesmo estando implícita a vontade dos pais, o juiz decidirá se esta medida é vantajosa ao tutelando e se não há ninguém com maiores condições para tal encargo conforme artigo 37 e seu parágrafo único do ECA:

Art. 37. O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la (BRASIL, 2009).

Cabe ressaltar ainda, que no caso de um dos pais nomear um tutor para seu filho, mas o outro permanecer vivo esta nomeação perderá o seu valor.

Importante salientar também, que é válido aos pais ao invés de nomear um tutor, excluir alguém de uma possível tutela dos seus filhos, fato este que assim como já dito anteriormente passará pela análise do juiz.

No caso de nada ter sido estipulado pelos pais em relação à tutela de seus filhos, o juiz convocará os parentes consanguíneos, para então escolher o parente que venha melhor atender às necessidades do menor. É a chamada tutela legítima, consoante disposição no artigo 1731 incisos I e II do Código Civil. (DIAS, 2013).

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:
I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;
II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais arremotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor. (BRASIL, 2002).

A tutela está imposta na lei, e raramente é aceita a recusa à nomeação. Apresentado um motivo para recusa dentro do prazo estipulado na lei, dificilmente lhe será negado o afastamento do tutelado, visto que, a sua permanência contra sua vontade pode acarretar prejuízo ao menor. (DIAS, 2013).

Podem se escusar da tutela, maiores de sessenta anos, os que tiverem mais de três filhos menores, os enfermos, militares em serviço ou que morem longe do domicílio do menor, mas mesmo assim podem negar-se de ser tutor dativo no caso do menor ter um parente que possa exercê-la. (RIZZARDO, 2006).

Já por outro lado, quem não pode exercer a tutela e se caso estiver no seu exercício será exonerado as pessoas estabelecidas no artigo 1.735 do código civil, consoante segue:

Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou alhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela. (BRASIL, 2002).

Portanto, de acordo com o artigo anterior, não podem exercer a função de tutores o que estiver com problemas com a administração de seus próprios bens, passando assim uma imagem de incapazes para o encargo; os que tenham alguma obrigação para com o menor ou algo contra ele, para não haver conflitos de interesses; os inimigos dos seus pais ou os que tenham sido excluídos da tutela pelos mesmos; os condenados por crime; pessoas que já tenham sido tutores e tenham abusado nestas e os que cumpram funções públicas que seja incompatíveis com uma boa administração do tutelando.(DIAS, 2013).

O tutor administrará todos os bens do menor conforme a necessidade do mesmo, no entanto só poderá alienar seus bens através de previa autorização judicial. Cabe frisar também que os bens do menor ao serem entregues ao tutor terão seus valores especificados e, dependendo do montante, o juiz pode pedir ao tutor a prestação de caução e fiscalizará seus atos referentes a tais bens, nomeando

um pro tutor, obrigando-os a prestarem contas ao final de sua administração. É vetado ao tutor transferir ou ceder a tutela a terceiros ou substitutos. É o que leciona Rizzardo (2006). A tutela cessa com a maioridade ou emancipação do menor.

Neste momento o tutor prestará contas de sua gestão, e dará fim as suas obrigações para com o tutelado. No entanto muitas vezes este tempo de convivência, faz criar um laço afetivo muito forte, laços de família, laços que fazem com que o tutelado ocupe um lugar de filho na vida de seu tutor. (DIAS, 2006).

Salienta-se também que a destituição do tutor deve ser decretada pelo juiz, no caso de descumprimento das obrigações para com o menor, consoante estabelece o artigo 38 Código Civil: “Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele”. (BRASIL, 2002).

As crianças e os adolescentes até os dezesseis anos são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil, necessitando de alguém que tenha sobre eles a tutela, tutor este que ocupa o vazio deixado pelo parente, ficará responsável por sua proteção, zelando e administrando tudo que esteja ligado ao tutelado, devendo, também, dar-lhe educação, alimentos e condições para uma vida digna.

Cada dia mais comum, ver crianças e adolescentes abandonados à própria sorte, por perda dos pais, ou por terem sido retirados do poder familiar, por inúmeros motivos, fazendo assim cada vez mais necessário, um ato de amor ao próximo, como a adoção.

2.4 Da adoção

Não se tem conhecimento de registro do momento exato em que surgiu a adoção, mas sabe-se que está já era válida desde as ordenações Filipinas, dados os muitos casos de recém nascidos abandonados à própria sorte. (FONSECA, 2011).

Sabe-se que foi em Roma que mais se desenvolveu a adoção, inicialmente com o propósito de proporcionar o direito de ter um filho civil àqueles que não podiam ter um consanguíneo.

No prelúdio do direito, eram conhecidas duas espécies de adoção: a adrogação, onde a família adotava uma pessoa e todos seus dependentes, geralmente

com a intervenção de um pontífice e a adoção no sentido estrito, onde se passa a integrar a família do adotante como filho. (RIZZARDO, 2006).

No entanto, havia mais uma forma que é a adoção testamentária, onde o adotante recorria ao testamento para obter a adoção desejada, mais tarde foi simplificada a adoção, onde o pai natural e o adotante compareciam com o filho ao magistrado e era lavrado um termo de adoção que serviria como documento de comprovação da filiação. (RIZZARDO, 2006).

Definindo a adoção, WALD (2004) ensina que pode-se dizer que ela é um instituto que tem a finalidade de realocar a criança abandonada, seja com a orfandade, abandono dos pais, extrema pobreza, ou quaisquer desajustes sociais que venha deixá-la desprovida de uma família. Objetiva ainda proporcionar a essa criança condições materiais, afetivas e sociais, necessária para o ser humano ter uma vida digna.

Em outras palavras, a adoção, vem a ser uma espécie de filiação, a qual traz o máximo de traços da filiação natural, visando preservar sempre o melhor para o adotado.

Muito se fala que a adoção pode facilitar fatos negativos, tais como, fraudes fiscais e tráfico de menores, etc. No entanto sabe-se que fatos como estes sempre existirão, mas não é por isso que deve-se depreciar suas vantagens, óbvio sempre coibindo e punindo severamente os desvios de conduta que possam surgir, para que a cada dia, a adoção seja incentivada como um ato de amor (VENOSA ,2012).

De acordo com as atualizações nas leis, as regras foram se alterando aos poucos, a idade mínima exigida para a adoção que era de cinquenta anos, passou a ser de trinta, depois para vinte e um e na atualidade exige-se idade mínima de dezoito anos, desde que o adotado seja até dezesseis anos mais novo do que o adotante. (WALD ,2004).

Com intuito de agilizar todos os procedimentos de adoção, para que seja garantida à toda criança ou adolescente o direito de ter um lar, tem-se o respaldo da Lei 12.010/2009 (BRASIL, 2009). No entanto não se obteve o resultado esperado, isto porque esta lei vem dar a preferência de adoção a uma pessoa da família, com isso se perde muito tempo na procura de um parente que o deseje.

O fato é que a adoção, na verdade fica como último recurso a se utilizar. Ou seja, somente após esgotadas todas as tentativas de manter a criança ou adolescente com algum integrante de sua família natural. Por esse motivo a

chamada Lei Da Adoção, acaba provocando mais empecilhos na busca de seus próprios propósitos. (DIAS, 2013).

Há uma situação no âmbito da adoção que não está prevista em lei, mas não raras vezes acaba acontecendo, que é a devolução do adotado, fato este que acaba sendo aceito para evitar o constrangimento à criança que seria adotada contra a vontade do adotante, para tanto deverá haver um acompanhamento psicológico até que esta seja adotada novamente. (DIAS, 2013).

No momento da adoção, rompem-se todos os vínculos da criança com a família biológica, portanto no caso de morte do adotante, não há nenhum impedimento para que os pais biológicos venham a adotar o adotado que no caso ficou órfão e pode ser adotado novamente. (DIAS 2013).

Quanto à adoção por estrangeiros, estas serão submetidas às condições das leis e assistida pelo Ministério Público, pois muito se teme o tráfico internacional de crianças, ou até mesmo a comercialização de órgãos, no entanto são tantas exigências, que dificilmente um estrangeiro terá êxito em uma adoção, dada a regra que a mesma só será concedida, após esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta Brasileira, consoante as disposições do artigo 51,§1,II do Estatuto da Criança e Adolescente.

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo no 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 de junho de 1999.

{...} § 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei; (BRASIL, 1999)

Como citado acima, há a exigência de um cadastro internacional, cadastro este que não existe sob o argumento de que os candidatos estrangeiros não possuem CPF, justificativa sem fundamento do Conselho Nacional de Justiça. (DIAS, 2006).

Já nos casos de adoção de estrangeiros por brasileiro, cabe salientar que é concedido ao adotado a condição de brasileiro nato, evitando assim quaisquer ato de discriminação. (DIAS, 2006).

No Estatuto da Criança e do Adolescente, não é mencionada nenhuma restrição à orientação sexual do adotante, apenas valorizando as reais vantagens para o adotado, pois o que se deve considerar mesmo é o melhor para a criança, o seu bem estar físico e psicológico, e isto independe totalmente da orientação sexual dos pais. (BRASIL, 1990).

Esta lei vem com a única exigência de que os interessados confirmem os motivos e as vantagens ao adotado, como consta no referido jugado a seguir:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homo afetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores {...}. (STJ - REsp: 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010).

Como citado acima, leva-se em conta o bem estar da criança em questão, julgando apenas a capacidade dos interessadas na adoção, e não a sua opção sexual, portanto, verificado o vínculo de afeto existente, e a responsabilidade das adotantes, foi julgado procedente o pedido de adoção.

Assim também pode-se falar da adoção por uma pessoa apenas, um solteiro, como uma forma até de coibir a discriminação, o que a permissão do ECA, que afirma que qualquer pessoa com plena capacidade independente do seu estado civil, está apto à adoção. (DIAS, 2006).

Ao longo dos anos ocorrem diversas modificações no sistema de adoção, tanto de maiores quanto de menores, pois de acordo com o Código Civil de 1916, só era permitida a adoção de quem não tivesse filhos através de escritura pública.

Com a lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965 surge a legitimação adotiva, na qual a decisão final era judicial e cessava definitivamente quaisquer vínculo com a família natural. Posteriormente com a nova lei de adoção; Lei 12.010 de 29 de julho de 2009, do Código Civil o adotado passa a ter vínculo de parentesco com a família do adotante, constando inclusive o nome dos avós no seu registro de nascimento. (DIAS, 2013)

Conforme estabelece o artigo 165, I do Estatuto da Criança e Adolescente, cabe salientar que nestes casos de adoção de maiores é necessária a concordância do cônjuge do adotante: “Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta: I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste”. (DIAS, 2013)

Quanto aos pais biológicos nos casos de adoção de seus filhos maiores faz-se necessário que sejam citados, mesmo não sendo necessário seu consentimento, é indispensável a citação destes para efeito da lei.

Importante ressaltar também que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos, ficando proibido qualquer ato discriminatório à filiação.

Sabe-se de uma pratica bem comum no Brasil, chamada adoção à brasileira ou afetiva. Trata-se da ação em que o companheiro decide registrar o filho da mulher como seu, caracterizando crime, mesmo que pela motivação afetiva seja concedido perdão judicial. No entanto mesmo que venha a romper o vínculo do casal este terá a obrigatoriedade dos deveres paternos e mesmo que venha permear uma ação anulatória da paternidade esta não lhe será concedida, pois o ato foi espontâneo mesmo a lei não autorizando registro de filho alheio como próprio. (DIAS, 2013).

Em análise à apelação cível do direito de família, a seguir, entende-se que uma vez realizado o reconhecimento de paternidade voluntário, este torna-se irrevogável, a não ser que o mesmo tenha ocorrido mediante erro ou coação:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA -APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADAS Â- RECURSO IMPROVIDO. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretratável (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. (AC Nº 70040743338, TJRS). 2.

Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento da ré pelo pai registral, mantém-se a improcedência da ação. (TJ-PI - AC: 201000010064408 PI 201000010064408, Relator: Des. Brandão de Carvalho, Data de Julgamento: 26/05/2015, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 24/07/2015.)

Reconhecida a inocorrência de erro, coação ou dolo, fatos que justificariam a anulação do registro de nascimento da ré, foi julgada improcedente a ação.

Segundo o ECA cada comarca deve ter dois cadastros, um de crianças e adolescentes a serem adotados e outro dos interessados em adotar de acordo com a previsão do artigo 50 do referido diploma legal. (DIAS, 2013).

É um obstáculo a mais no que se trata de adoção, pois assim não é permitido que pessoas que não estejam na lista possam adotar, porém sabe-se que muitas vezes há pessoas que resolvem adotar um recém-nascido encontrado no lixo, o filho de uma mulher conhecida na qual a mesma queira deixar para adoção. Chama-se a adoção *intuito personae* ou adoção dirigida, quando for o caso da mãe querer entregar o filho à determinada pessoa. (DIAS, 2013).

Mesmo que a mãe entregue o filho a quem é de seu desejo este será retirado pelo Ministério Público e será institucionalizado, e após o fim do processo de destituição familiar a criança será entregue para adoção do primeiro inscrito da lista. (DIAS, 2013).

Ainda se fala muito em filho de “criação”, no entanto já está mais do que na hora de abolir esta adjetivação à palavra filho, pois não é permitido nenhum tipo de diferenciação dos filhos legítimos ou adotados. (DIAS, 2013).

Pensando no bem estar e no emocional da criança ou adolescente, é de suma importância, que o Estado cumpra todos os preceitos da lei, reduzindo ao máximo os obstáculos diante da adoção, que ainda são muitos, para que seja garantida a todos o direito à família seja ela natural ou substitutiva por meio do vínculo jurídico.

Enfim são muitas regras para fundamentar, regular, o instituto da adoção, e cada vez mais aumenta o número de crianças inadotáveis, aquelas que não se encaixam nos perfis dos adotantes que preferem bebês, crianças de até dois anos, brancas, muitas vezes sem se perguntarem como aquelas crianças vieram parar ali para serem adotadas ou há quanto tempo elas aguardam por uma família, com isso não raros os casos de crianças que crescem em abrigos até alcançarem a

maioridade sem saber o que é ter o carinho e a proteção de uma família. (DIAS, 2013).

Além dos institutos da tutela e da adoção, quando se fala no melhor interesse da criança e do adolescente, assunto que merece destaque é o da guarda, suas espécies e características.

3 A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo faz-se necessário apontar o instituto da guarda, citar suas diversas modalidades, bem como os casos específicos em que se faz útil a aplicação de cada uma delas.

Neste sentido entende-se que o mais importante é sempre zelar pelo bem estar físico e psíquico do menor, dando a ele a proteção necessária através da guarda mais indicada em cada caso. Portanto, é importante expor algumas disposições a respeito deste instituto de tal importância.

3.1 Disposições gerais sobre a guarda

É de conhecimento geral, que a guarda dos filhos é geralmente conjunta, exceto nos casos de separações ou onde o filho é disputado por ambos os pais que não residem sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decidirá, sempre levando em conta o melhor para a criança ou adolescente, conforme dispõe o artigo 1.612 Código Civil. (DIAS, 2013).

Destaca-se nesse sentido o artigo 1.612 acima referido “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”. (BRASIL, 2002).

Atualmente nos casos de dissolução do casamento, um dos genitores fica com a guarda e o dever de criá-lo e educá-lo, e ao outro o dever de prestar alimentos e o direito de visita. No entanto há a possibilidade de esta guarda não ser concedida a nenhum dos genitores e sim à uma terceira pessoa, no caso de algum impedimento quanto aos pais, conforme art.1.584 do Código Civil:

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

No momento em que é decretada a separação ou o divórcio de fato, em casos em que os pais não cheguem à um consenso, o juiz definirá a guarda sempre levando em conta o melhor para o menor, seja ela unilateral ou compartilhada.

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

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

Sendo a guarda compartilhada uma solução mais saudável para reduzir as brigas e disputas pela guarda da prole, o juiz não irá obrigar um pai ou uma mãe a compartilhar a guarda se este não a desejar.

[...] § 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [...]

A guarda unilateral é uma alternativa válida nos casos em que o juiz conclui a impossibilidade da guarda compartilhada, devido à ausência de acordo das partes, no entanto esta pode ser concedida a uma terceira pessoa, se o juiz assim decidir, visto a incapacidade dos genitores em proporcionar um convívio saudável ao menor. (LÔBO, 2010).

Já Maria Helena Diniz conceitua a guarda unilateral da seguinte forma:

A guarda unilateral conferida a um dos genitores, ou seja, àquele que, objetivamente, apresentar mais aptidão para propiciar aos filhos uma boa educação e para assegurar a eles saúde física ou psicológica. O genitor visitante possui a guarda descontínua, pois a visita se opera em intervalos de tempo. Não há qualquer alteração de titularidade do poder familiar, mas o genitor-guardião terá o seu exercício e não poderá praticar quaisquer atos de alienação parental, lesando o direito da prole a convivência familiar. Tal guarda obrigará o genitor-visitante a supervisionar os interesses da prole, o mesmo se diga do genitor-guardião. E, para tornar possível essa supervisão, qualquer um dos genitores poderá, legitimamente, solicitar informações ou prestação de contas, de ordem objetiva ou subjetiva, sobre assuntos ou situações relacionadas, direta ou indiretamente, com a saúde física ou psíquica e a educação de seus filhos. (CC, art.1584, §2º) (DINIZ, 2015).

Importante frisar, conforme Lôbo (2010) que as melhores condições levadas em conta, como dito anteriormente, de maneira alguma se restringem às condições

financeiras, e sim àquele que for considerado mais capaz de promover ao menor um melhor desenvolvimento psicológico, moral e educacional. Para tanto tem-se também o pagamento de pensão alimentícia que será efetuado pelo outro genitor, para auxiliar nas questões financeiras, na criação e sustento de seu filho. Neste sentido diz

[...] nenhum outro fator é aprioristicamente decisivo para a escolha, mas certamente consulta o melhor interesse do filho menor a permanência com o genitor que lhe assegura a manutenção de seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida, em relação aos meios de convivência familiar, sócia, de seus laços de amizade e de acesso ao lazer. Fator relevante deve ser o de menor impacto emocional ou afetivo sobre o filho, para essa delicada escolha. (LÔBO, 2010, p.190).

Cabe ressaltar também que nesta avaliação do ambiente mais favorável ao menor, é levado em consideração a segurança, integridade física, as condições de saúde e alimentação e tudo que se faz necessário para um desenvolvimento sadio para a criança, bem como o acompanhamento das relações sociais benéficas ao seu desenvolvimento moral e espiritual. (LÔBO, 2010).

Antes de se entrar em uma discussão sobre os direitos de detentores da guarda deve-se entender o real significado de guarda, para isso destacam-se que a guarda é como um elemento de autoridade parental, onde a pessoa que a detém, assume a responsabilidade sobre o menor devendo lhe dar toda assistência e condições de uma vida digna. (LÔBO, 2010).

Nos casos em que o juiz vem a nomear uma terceira pessoa para deter a guarda, ele dará preferência ao grau de parentesco, melhor relação de afinidade, mas estes terão antes que passar por avaliações, o que algumas vezes acaba por levar à conclusão que o parente mais distante possa ser o mais apto para obter a guarda. (LÔBO 2010).

Pode-se destacar a guarda unilateral, como a mais comum e mais aplicada, no entanto esta tornou-se a maior disputa dos casais em situação de litígio e para atender cada caso, da melhor maneira ou mais justa, usam-se outras modalidades de guarda como veremos na sequência deste trabalho. (LÔBO 2010)

Na regularização da família substitutiva da criança é imprescindível adequar a guarda. No entanto, a guarda passa a ser objeto de discussão também nos processos envolvendo divórcio e dissolução de união estável quando há a presença de filhos menores.

Inicialmente na lei do divórcio, de acordo com o que ensina Wald (2004), a guarda era definida àquele que não era o culpado da dissolução do matrimônio. Então com o Código Civil, fica decretada que em caso de inconveniência de os filhos permanecerem com ambos os pais, o juiz pode até mesmo dar a guarda a uma outra pessoa desde que esta demonstre compatibilidade com a criança. Mas sempre será levado em conta a melhor maneira de não tirar a criança de seu meio para não dificultar sua adaptação, dada já a situação de dano psicológico causado à ela com o divórcio dos pais.

Há várias espécies de guarda. A iniciar a análise pela guarda de fato; esta constitui uma guarda emergencial, onde o pai ou a mãe ou ambos, de comum acordo passam a guarda do filho a um terceiro sem necessidade da intervenção da justiça, fato este que não é concedido pelo conselho tutelar, e somente será aplicado em casos de risco emergencial em que a questão é encaminhada ao juizado da infância e juventude. (FONSECA, 2011).

Guarda jurídica ou guarda de direito vem a ser o oposto da guarda de fato, pois está de acordo com a situação jurídica; guarda comum, conjunta ou compartilhada é a guarda familiar exercida por ambos os pais sobre os filhos menores; a guarda provisória ou temporária pode ser encontrada tanto no direito de família quanto no estatuto, a qual, no direito de família é a guarda provisória enquanto os pais não se acertam no caso de divórcio litigioso e no estatuto tal guarda é uma espécie de preparação para a tutela ou adoção. (FONSECA, 2011).

Semelhante à anterior tem-se a guarda definitiva ou permanente, também incluída no estatuto e no direito de família, pois é o resultado final dos processos.

A guarda estatutária, trata do pedido de um dos responsáveis pelo menor, observando os requisitos do artigo 165 do ECA, a qual sugere uma definitividade, mas como todas as guardas, ela pode ser modificada para proteger o bem estar dos menores envolvidos, nesse sentido, dispõe o artigo 165 do Estatuto:

Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

- I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;
- II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;
- III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;
V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.
Parágrafo único. Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos. (BRASIL, 1990)

Assim ainda sobre a guarda estatutária, pode-se expor que deve-se manter a criança afastada do lar, quando se encontrarem em situações irregulares ou de risco iminente, como uma convivência com dependentes químicos ou em casos de colocarem em risco a integridade da mesma, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 33 a 35, como consta na Apelação Cível a seguir:

APELAÇÃO CIVEL. GUARDA. DEFERIDA À TIA-AVÓ. Estando a criança, desde fevereiro de 2010, com a tia-avó, na mesma casa em que residia com a mãe antes do falecimento desta, e não tendo vindo aos autos qualquer indicativo de que tal situação deva ser alterada, impõe-se que assim permaneça, como forma de preservar sua rotina, já alterada quando da perda prematura da genitora. Ao genitor deve ser assegurado o direito de visitas, estimulando a formação dos vínculos afetivos. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Apelação Cível Nº 70059174961, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 26/06/2014). (TJ-RS - AC: 70059174961 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 26/06/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/07/2014)

Assim, comprovando não haver nenhum risco à criança, muito pelo contrário, reconhecendo os benefícios da mesma permanecer no lar onde sempre viveu com a mãe, preservando seu bem estar físico e psicológico, foi deferido a guarda à tia-avó da menor.

Sobre a guarda delegada, Grisard Filho (2010) explica, que esta é a guarda em que o Estado, instituições públicas privadas ou particulares, em nome daquele, assumem a guarda da criança que não tenha representação legal.

Sabe-se também que há a guarda alternada no direito de família, que se caracteriza pela alternância de períodos, em que o filho está hora com o pai, hora com a mãe e que não pode ser confundida com a guarda compartilhada em que os pais dividem a guarda e ambos participam da vida do filho sempre com o consentimento um do outro. (FONSECA, 2011).

No entanto esta alternância de períodos difere do compartilhamento de guarda, necessitando assim de um estudo mais detalhado, para que não venha a prejudicar o bem estar do menor, como exemplificado a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. Diferente do que postula o agravante, o pedido não apresenta natureza de "guarda compartilhada", mas sim, de aumento da "convivência paterna", em um típico molde de "guarda alternada", ficando o filho 15 dias com a mãe e 15 dias com o pai. Caso em que a decisão vergastada, que já deferiu o alargamento da convivência paterna, em sede liminar, deve ser mantida. Eventual pedido de convivência alternada que somente pode ser deferido após o aprofundamento da cognição. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70065602484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015).

Claro que no caso de dissolução do casamento, cabe aos pais lançarem mão do bom senso, pensando no bem estar de sua prole, e decidirem de comum acordo com quem fica a criança, mas é sabido que isso raramente acontece, necessitando então da intervenção da justiça.

Na lei do divórcio, no que se refere à separação litigiosa, dispunha que no caso de pedido de separação tendo como motivo, o adultério ou graves violações às regras do casamento ou ainda por conduta desonrosa, a guarda dos filhos seria dada àquele que não fosse o culpado do ato, mas obvio que isto não poderia ser aplicado de uma forma inflexível. (WALD, 2004).

Uma das razões que servem para flexibilizar essa questão, é dirigida ao bom senso do juiz em avaliar a melhor medida para proteger o bem estar da criança, sempre levando em conta, a melhor companhia, visando o menor prejuízo moral ao menor. Como fica claro a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. Se restritivas são as hipóteses em que a guarda compartilhada propriamente dita é viável e adequada, muito mais limitado é o cabimento da guarda alternada, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso. Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a temeridade da implantação desse sistema. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016).

A respeito deste agravo, pode-se dizer que no intuito de proteger o bem estar físico e emocional da criança, foi negado o pedido de guarda alternada, pois entende-se que esta seria muito prejudicial ao menor que ficaria em meio aos conflitos dos pais.

Na maioria dos casos há motivos suficientes para que o magistrado opte pela figura materna para a guarda da criança ou do menor adolescente, a qual dificilmente lhe será negada desde que esta lhes ofereça condições razoáveis para o bem estar, formação moral e à educação de seus filhos, tanto é que no caso da culpa da separação ser de ambos, os filhos ficarão sob a guarda da mãe. No entanto, de acordo com o que ensina Wald (2010), deve se levar em conta o meio social em que a criança vive, se esta for favorável a sua formação independente de ser com pai ou com mãe ou mesmo terceiros, ela será mantida.

Contudo, a mesma é entendida como conjunta, demandando aos pais substitutos toda responsabilidade com o bem estar da criança e ao adolescente, mas ela deve ser avaliada caso a caso.

Atualmente com o intuito de zelar pelo bem estar das crianças e/ou adolescente, aplica-se a guarda compartilhada como um método menos doloroso para os filhos de casais que venham a separar-se. Partindo do princípio da importância da guarda compartilhada, ela vem como um dos pontos principais deste trabalho.

3.2 Guarda compartilhada

Ao tempo em que o país passou a valorizar o melhor interesse da criança e adolescente, deu-se início às buscas por soluções para os casos de disputa de guarda, que na maioria das vezes, acabava por trazer danos irreversíveis aos menores.

Assim, será analisada a guarda compartilhada, em todos os âmbitos, para certificar-se de que esta traga realmente um êxito ao seu objetivo. Cabe salientar a sua importância, até porque este é um dos assuntos mais polêmicos no direito brasileiro no momento.

Ao longo da história, foi cultivado a cultura de que a tarefa de cuidar e educar os filhos era da mãe, enquanto que do pai, a obrigação de fornecer alimentos para os filhos.

Daí a importância do instituto da guarda compartilhada, para que ambos os genitores, mantenham o convívio da maneira mais saudável possível para com o menor. Assim:

Sabe-se que nos casos de separação conjugal, a definição da guarda dos filhos é uma questão fundamental para garantia de convivência familiar às crianças. Estudos realizados em diversos países [...] apontam que a guarda mono parental e a padronização de visitas fixas, geralmente escassas, são fatores que colaboram para a fragilização da relação de afetividade entre o filho e o genitor que não detém a guarda. Para que isto não ocorra, a guarda compartilhada surge como possibilidade de ampliação da convivência e da responsabilidade de ambos os pais com seus filhos. (BRITO; GONÇALVES, 2009).

Analisando a guarda compartilhada toma-se conhecimento do quanto ela pode contribuir para o bem estar dos filhos nos casos de dissolução dos casamentos, concedendo a igualdade de direitos e deveres a ambos os pais.

O objetivo deste instituto pode ser definido, como uma intervenção no direcionamento da vida da criança, na sua criação e na sua educação. No entanto é extremamente necessária uma avaliação minuciosa, quanto às suas reais vantagens e condições de aplicabilidade, sempre no intuito de defender o melhor interesse do menor. A família moderna vem se transformando ao longo dos tempos, a vida social e costumes religiosos, já não exercem o domínio de outrora, o casal que não tem mais amor, parte para a dissolução do casamento e reconstituição familiar. (DIAS, 2011).

Portanto neste momento abalado de fim de relacionamento, o modo mais seguro de manter a vinculação e participação de ambos os pais, na formação e educação dos filhos é compartilhando a guarda, pois tal ato é o que se tem de mais próximo de um poder familiar no momento, pois esta vem com o objetivo principal de proteger o desenvolvimento psicológico do menor, permitindo com que ambos os pais continuem atuantes e presentes na vida da sua prole. (DIAS, 2011). Assim:

As mudanças ocorridas no mundo contemporâneo levaram à inserção das mulheres no mercado de trabalho, o que permitiu ao homem descobrir as delicias da paternidade. Também se surpreendeu ao ver que o envolvimento com as lides domesticas não compromete sua virilidade. Desse modo, para que ocorra a guarda compartilhada, importante haver consenso entre os pais. (DIAS, 2008 www.mariaberenice.com.br).

Portanto, acreditando ser a melhor solução para os desentendimentos de ex casais, e para amenizar o sofrimento dos filhos que acabam envolvidos neste mundo de discórdia, implanta-se a guarda compartilhada, como algo novo e diferenciado. (GRISARD FILHO, 2010).

No entanto sabe-se que o meio mais rápido e eficaz para se obter êxito na prática de tal instituto, é o consenso, para que sejam preservados os mesmos laços de união entre pais e filhos de antes da separação. (PANTALEÃO, 2002, www.conjur.com.br).

A guarda compartilhada, embora tenha começado a ser aplicada aqui no Brasil há pouco tempo, já vem sendo alvo de discussões há muitos anos. Talvez por ser de pouco conhecimento público, a mesma não é muito bem entendida, surgem muitas dúvidas, a principal é em relação aos seus objetivos.

Neste sentido, conceituando a guarda compartilhada, Dias (2010) diz que a partir do momento em que há a ruptura do casamento, os pais já não exercem seus papéis juntos, então a guarda compartilhada entra para garantir um maior convívio dos filhos com ambos os pais, na sua formação, na sua educação, evitando ao máximo os traumas à criança ou adolescente.

Portanto, o objetivo principal da guarda compartilhada, é a proteção e o bem estar dos maiores prejudicados nos casos de separação, mesmo que consensual, que são os filhos.

Para a psicóloga e psicanalista Motta, a guarda conjunta vem como uma solução para amenizar os prejuízos causados às crianças em razão da separação, dando a ambos aos pais os direitos sobre os menores:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças tem uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. (1996, p. 19).

Ainda sobre as vantagens deste instituto, sempre no intuito de proteger o menor envolvido, Lôbo diz:

[...] prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, previamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são

fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravessou no processo de separação. (LÓBO, 2010, P. 198).

Pode-se ainda atribuir à guarda compartilhada a capacidade de incentivar os pais a proporcionar ao filho uma convivência mais tranquila, mais amistosa, onde ela tem uma residência principal. Porém proporciona direitos e deveres iguais a ambos os genitores, beneficiando assim o menor envolvido. (GRISARD, FILHO 2010).

No entanto, mesmo tendo conhecimento de todas suas vantagens, o juiz deve levar em conta todos os prós e contras que venha a surgir, podendo deferir a guarda até mesmo sem o requerimento das partes.

Sabe-se que, mesmo antes de tornar-se lei, a guarda compartilhada já era usada em alguns casos através de acordos firmados entre os pais.

No entanto agora ela decorre de uma determinação judicial, após as frequentes confirmações de que a guarda única é grande geradora de conflitos e barganhas entre pais e filhos.

Sempre à procura das melhores soluções para proteção do menor, a guarda compartilhada vem sendo aplicada com grande frequência por ser a instituição de menos impacto na vida dos filhos de pais separados, como segue Levy:

Com relação aos filhos, pode se resumir suas vantagens na diminuição da angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência (sic) da guarda única. Ajuda a diminuir o sentimento de rejeição e proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre dos conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação. (LEVY, 2008, www.ambito-juridico.com.br).

Cabe salientar de uma modalidade não muito usada, por exigir um certo padrão econômico dos envolvidos, é chamado de aninhamento, onde o filho permanece em sua residência e os genitores se revezam mudando-se constantemente para casa onde o filho mora. (DIAS, 2011).

A aplicabilidade da guarda compartilhada faz com que, na maioria dos casos, os ex casais se desarmem e tentem superar suas magoas para assim ter uma melhor convivência entre ambos e seus filhos.

O certo é que segundo Grisard Filho (2010) a guarda compartilhada proporciona igualdade de direitos e deveres, devendo ambos tomarem as decisões cabíveis a cada situação envolvendo o filho, bem como evitar expor o menor aos

conflitos que venham a existir, evitando ou minimizando os prejuízos psicológicos, sociais ou educacionais.

Qualquer um dos pais pode buscar a guarda compartilhada que pode ser por consenso ou determinação judicial consoante disposições dos incisos I e II do artigo 1.584 do Código Civil:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (BRASIL, 2002)

No entanto nos casos em que ambos os genitores optem pela guarda unilateral, mesmo com todos os benefícios para o desenvolvimento da prole trazidos pela guarda compartilhada o juiz não poderá impor a mesma, pois para isso é necessário que ao menos um deles queira compartilhá-la, tal qual disposição do artigo 1.584, §3º do Código Civil:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (BRASIL, 2002).

Fica claro então que a aplicação deste instituto vem proporcionar aos genitores um maior convívio com seus filhos fortalecendo seus vínculos. No entanto, vale salientar, conforme Lôbo, (2010) o ponto negativo da guarda compartilhada é que como a criança passa a conviver com ambos os pais separados, possa vir a comprometer a sua estabilidade emocional, pois esta pode acabar por não ter um lar como referência:

[...] na guarda compartilhada é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá. Essa providência é importante, para garantir-lhe a referência de um lar, para essas relações de vida ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro; ou mesmo de viver alternadamente em uma e outra. A experiência tem demonstrado que a perda de referência da residência para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho. O que se espera dos pais é a responsabilidade, encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito-dever de convivência e a relação de pertencimento a um lugar, que integra a vida de toda pessoa

humana; ou do juiz, quando os pais não se entenderem. (LÔBO, 2010, p196-197).

Outra dúvida, que gera um polêmico equivoco, é o da guarda alternada. Esta nem é permitida no Brasil, mas mesmo assim é confundida com a guarda compartilhada.

Guarda alternada nada mais é, segundo Grizard Filho (2010), do que uma busca por tempos de igual convivência dos filhos com ambos os pais separados ou divorciados, onde o filho pode passar dias, meses ou até anos na casa de cada um de seus pais.

No entanto esta alternativa traz grandes prejuízos à criança que será privada de uma consolidação de hábitos, valores e ideias, afetando assim a formação da sua personalidade. (GRISARD FILHO 2010).

Cabe salientar ainda que no caso da disputa judicial pela guarda da criança ou adolescente o juiz levará em conta muitas conjecturas, sempre com o mesmo intuito, que é promover o bem estar dos mesmos, podendo até mesmo conceder a guarda compartilhada a outro membro da consoante, conforme dispõe o artigo 1584, § 5º do Código Civil desde que haja uma maior afinidade com o menor em questão.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
 § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014. (BRASIL, 2002)

Ao tratar da assistência aos filhos os artigos 1583 a 1590 do Código Civil de forma didática, definem o que é guarda unilateral e compartilhada sempre mostrando uma maior adesão à guarda compartilhada.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
 § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.
 § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos
 § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos
 § 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002)

A guarda compartilhada pode ser requerida por qualquer dos genitores, nos casos de dissolução dos laços familiares, ou imposta pelo juiz após explicar a ambos os benefícios de tal instituto, se este estiver convicto de que ambos genitores têm plenas capacidades físicas e emocionais de promover o melhor para o menor envolvido.

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Poderá o juiz se julgar necessário, para proteção do menor envolvido, alterar seu julgamento, regulando a guarda de acordo com o melhor interesse do menor, mesmo que provisoriamente.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Ou seja, os casamentos acabam, vem outros, mas os filhos serão para sempre, portanto desde que estes novos matrimônios não prejudiquem em nada a vida do menor, estes não prejudicará o detentor da guarda.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

Sobre o cabimento da guarda compartilhada, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, consoante ementa abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014).

Fica claro na ementa acima citada, a importância da guarda compartilhada, o quanto ela beneficia o menor envolvido, portanto, sempre que possível e necessário, esta prática será adotada.

Com isso não há a figura de um único guardião, mas sim uma conjunta responsabilidade aos cuidados com os filhos menores. De acordo com Grisard filho (2010):

A guarda compartilhada traz outra questão importante. Ela é apontada como um instrumento capaz de combater a alienação parental, pois com ela os pais dividem os direitos e deveres para com sua prole, podem ficar mais tempo com eles e ter uma participação mais ativa em suas vidas, evitando assim o que muitas vezes ocorre entre os pais justamente em razão da discussão de quem deve permanecer com o filho, pois no momento da dissolução do matrimônio, muitas vezes a parte que não aceita este rompimento, acaba usando a criança como forma de punir o outro, sem se preocupar com o mal que está causando ao menor

Sobre a alienação parental será discorrido o próximo capítulo.

4 DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS E FORMAS LEGAIS DE COMBATER

Sabe-se que não é recente esta prática, que vem causando danos por vezes irreversíveis em crianças, vítimas do rancor e do desejo de vingança de uma das partes dos casos de separação ou quando existe alguma mágoa entre os pais, mesmo que nunca mantiveram qualquer relacionamento amoroso.

Estando esta prática cada vez mais constante em nosso meio, o presente capítulo vem com o objetivo de definir suas características e consequências, bem como a posição jurídica nestes casos.

4.1 Conceituando a alienação parental

Um dos principais objetivos da guarda compartilhada, acima discutido, é evitar a alienação parental que traz como uma das consequências a Síndrome de Alienação Parental.

A alienação parental caracteriza-se por um processo em que um dos genitores tenta afastar o filho do outro, denegrindo sua imagem, enquanto que na Síndrome a criança terá conduta de recusa ao contato de um dos progenitores. Uma é consequência da outra e seus conceitos não se confundem. (DIAS, 2011).

Este processo é praticado dolosamente e nem sempre é praticado por um dos genitores, há casos em que esta é praticada por avós ou qualquer pessoa com relação parental com a criança.

A questão da alienação parental já vinha sendo discutida nos tribunais, mas foi a partir da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que ela foi colocada em termos legislativos, até porque, esta se inclui na proteção do menor.

De acordo com a lei, a alienação parental define-se por uma interferência na formação psicológica da criança, por parte de um dos genitores, avós ou outra pessoa que tenha autoridade sobre a criança, causando prejuízo no convívio do menor com o mesmo. (DIAS, 2011).

Ainda conforme previsão da Lei 12.318 (BRASIL, 2010), são exemplos de alienação parental, declarados pelo juiz, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros, atitudes como: campanha de desqualificação da conduta do outro, dificultar a autoridade parental, ou o contato da criança ou adolescente, omitir

informações relevantes da vida da criança, apresentar falsas denúncias contra o genitor ou avós para dificultar o convívio da criança com estes e mudar o domicílio para local distante sem justificativa com o único intuito de dificultar a convivência da criança com seus parentes.

O juiz pode de acordo com suas avaliações declarar a ocorrência da alienação parental, punindo o alienador e ampliar o regime de convivência familiar em favor do alienado, multar o alienador, determinar acompanhamento psicológico, alterar a guarda unilateral para guarda compartilhada ou invertê-la, fixar o domicílio da criança ou adolescente, ou ainda determinar a suspensão da autoridade parental. Isso tudo consoante previsão da Lei nº 12.318. (BRASIL, 2010).

Em qualquer momento processual, um processo de alienação parental, terá tramitação prioritária, dada a necessidade da preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente.

Como consequência da alienação parental, é desencadeada a Síndrome da Alienação Parental (SAP) a qual se refere às sequelas criadas no emocional e no comportamento da criança ou adolescente através das falsas denúncias feitas de um genitor ao outro. (DIAS, 2011).

Como a cada dia é mais comum se verificar dissoluções de casamentos, também torna-se mais frequente a prática da SAP, onde o genitor detentor da guarda passa a manipular o filho para odiar o outro, muitas vezes como uma forma de punir o outro pela separação. (DIAS, 2011).

Segundo Dias (2011), este é um tema que vem despertando interesse, pois infelizmente vem sendo denunciada com bastante frequência, no entanto é muito comum os casos em que um dos cônjuges não aceita a separação e o sentimento de rejeição o faz usar o filho como forma de vingança, iniciando assim um processo de desmoralização do ex parceiro.

No seguimento do processo de desmoralização citado acima, surge um fenômeno que se identifica como Síndrome da Alienação Parental ou implantação de falsas memórias.

Importante frisar também que esta prática referida não se apresenta somente em casais separados, ela pode ser encontrada também entre pais que moram na mesma casa, que por algum motivo usam seus filhos para agredir e denegrir a imagem um do outro, na intenção de que o filho venha a repudiar um dos pais, pois

muitas vezes a criança não tem discernimento de certo e errado, e acaba se deixando levar pelo alienador e rejeitando o alienado. (DIAS, 2011).

Esta prática é tão ou mais perigosa e prejudicial à criança, pois como não sabe separar o que é verdade ou mentira, ela acaba acreditando em tudo que o pai alienador está falando do pai alienado e acaba por muitas vezes repetindo isso para terceiros, como uma verdade e neste ponto até o alienador está perdido em suas mentiras sem saber mais se o que está contando ao filho é uma verdade ou não. É neste sentido que Dias (2011, p.463) afirma:

[...] com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho que com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias.

Dias (2011) refere que partindo do princípio que toda separação é traumática, tanto para os genitores quanto para a criança, e que todos envolvidos estarão emocionalmente frágeis e que nem todos conseguem administra-la da melhor maneira ou da maneira menos dolorosa, é transferido ao Poder Judiciário o dever de resolver a questão.

O Poder Judiciário ao tentar identificar a síndrome, sabendo que se trata de um problema psicológico intervirá imediatamente no caso para evitar maiores danos ao psicológico da criança ou adolescente envolvido, pois uma vez sofrendo esta prática, o menor se vê perdido e isso pode trazer danos seríssimos ao seu desenvolvimento, podendo prejudicá-lo na sua vida escolar, no seu convívio social, pois por não estarem preparados para lidar com sentimentos tão adversos, estes podem transformarem-se em adultos nervosos, agressivos, alcóolatrás, viciados e algumas vezes levando-o até ao suicídio. (DIAS, 2011).

Eis um exemplo rápido e eficaz da agilidade do judiciário a questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. 3. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da

guarda. 4. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70067827527, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/03/2016).

Mesmo sabendo o quão prejudicial é a alteração da guarda, esta foi concedida pelo fato de a mãe estar praticando alienação parental, em relação ao seu genitor, pois esta prática acaba por ser ainda mais prejudicial à criança.

Aponta Dias (2011), que uma das acusações mais graves é quanto aos casos de falsas denúncias de abusos sexuais, onde na maioria das vezes a mãe é detentora da guarda do filho e para afastar o pai e prejudica-lo como forma de vingança, ela o acusa deste crime.

O juiz tem o dever de assegurar a proteção integral do menor, devendo levar em conta quaisquer hipóteses, então inicialmente ele reverte a guarda ou suspende as visitas e dá-se início aos estudos psicológicos e a todas medidas cabíveis para identificar a veracidade ou não da denúncia. Então o juiz se depara com mais um problema, como este processo é demorado, se deve ele privar a criança do convívio do pai, se mantém ou não as visitas, enfim se mantém o vínculo do filho com o pai ou o condenar à condição de órfão de pai vivo. (DIAS, 2011).

Para se dar um veredito justo vale usar de todos os métodos disponíveis, como pareceres psicológicos, psiquiátricos, de assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes e claro contando sempre com a capacidade do juiz de distinguir o sentimento de ódio e de vingança capaz de reproduzir falsas denúncias com o único intuito de prejudicar o genitor. Tarefa árdua para o juiz, pois se julgado erroneamente em qualquer das hipóteses, pode trazer inúmeros e irreversíveis danos aos envolvidos. (DIAS, 2011).

No entanto as investigações não podem ficar na restrição apenas daquele fato em questão, devem ser feitas investigações para ter-se certeza se é somente este o caso de alienação a que este menor está sendo submetido, pois existem diversas maneiras de se praticar Alienação Parental, direta ou indiretamente, velada ou explícita, como definido a seguir:

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

- I- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II- Dificultar o exercício da autoridade parental;
- III- Dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor;
- IV- Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V- Omitir deliberadamente ao 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.

Importante salientar, que os incisos acima descrito são apenas alguns exemplos de alienação parental, também não pode-se deixar de frisar que não só as crianças e adolescentes, ou seus pais, são passivos de tal prática mas sim esta pode estender-se a avós, tios e até mesmo pais adotivos. (DIAS, 2011).

Esta prática está cada vez mais comum, o que faz com que o judiciário trabalhe muito na identificação da mesma e sempre com uma certa agilidade para evitar ao máximo os danos que esta acarreta.

4.2 O judiciário e a alienação parental

Sabe-se que muitas comarcas ainda não contam com uma Vara especializada em direito de família e no atendimento às crianças que sofrem com a alienação parental, mas isso não significa que os profissionais das demais repartições de proteção às crianças não estejam preparadas para atender tais situações.

Portanto, quando do surgimento de tais casos, a criança deve ser encaminhada para atendimento psicológico, assim como os pais, e, dá-se início aí a um trabalho conjunto do judiciário com a psicologia e a assistência social para identificar a alienação e evitar a síndrome, protegendo ao máximo a criança ou adolescente. (DIAS, 2011).

Diante das suspeitas da prática de alienação parental e de acordo com o artigo 4º da lei 12.318/10, o juiz vem a determinar as medidas necessárias para melhor proteger o menor de quaisquer danos maiores ainda:

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

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há eminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (L12318 - Planalto).

Após a confirmação das denúncias, nos casos em que o juiz determina que há a alienação parental, com o objetivo de garantir o melhor para a criança ou adolescente, este deverá reverter a guarda e suspender as visitas. (DIAS, 2011).

Surge então mais um desafio ao judiciário, que é a identificação da síndrome da alienação parental, tarefa nada fácil que exige muita competência do judiciário, para não cometer nenhum equívoco, nenhum dano ao menor já tão sofrido com a situação. Portanto, neste sentido, DIAS (2011, p. 464) diz:

[...] é preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade, e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça.

O poder judiciário conta com algumas medidas de resolver as questões de certas desavenças, principalmente quando há indício de alienação parental, tais como a conciliação e a mediação. (VENOSA, 2005).

Tão importante quanto, há outras medidas para o problema acima descrito, tais como, a condenação do genitor alienante, o pagamento de multa, enquanto houver resistência no direito de visitas ou da prática da alienação, ou visitação de forma supervisionada.

Junto ao Poder Judiciário, encontra-se o Conselho Tutelar, um órgão de grande responsabilidade para com o menor, previsão esta que está prevista no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 136. São atribuições do conselho tutelar:

I-atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no artigo 101, I a IV;

II-atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no artigo 129, I a VII;
 III-promover a execução de suas decisões, podendo para tanto;
 Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família (ECA, 1990).

Como fica claro acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem a importante finalidade de auxiliar o juiz nas suas decisões de proteger os menores, de qualquer tipo de abuso, inclusive, da alienação parental, que muitas vezes acaba fazendo com que as crianças criem falsas memória, induzidas por um dos genitores, o que em casos extremos as mães chegam a acusar o pai de abuso sexual e cria provas falsas chegando até a denúncia criminal. (CAHALI. 2003).

Para melhor entender como a alienação parental é tratada na prática em nossos tribunais, é importante analisar alguns casos já julgados, que nos dão conhecimento a respeito do trabalho que está sendo realizado pelo Tribunal de Justiça a respeito do assunto.

4.3 Os tribunais e a alienação parental

A alienação parental, já existe há bastante tempo, porém só passou a ser definida como uma lei em 2010. Desde então os tribunais vêm agindo na reversão da guarda quando comprovada a prática de tal alienação, como especificado na jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE GUARDA. DISPUTA ENTRE A GENITORA E A AVÓ PATERNA DAS MENORES. PREVALÊNCIA DOS PRECÍPUOS INTERESSES DAS INFANTES. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA. As crianças necessitam de um referencial seguro para viver e se desenvolver e seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a qualquer interesse outro. A julgar pelos elementos constantes nos autos, especialmente os ulteriores estudo social e laudo psicológico, a genitora apresenta plenas condições de exercer o poder familiar e, especificamente, a guarda das meninas, medida recomendada para a preservação da integridade emocional das infantes, as quais, enquanto permaneceram sob a guarda da avó, apresentaram fortes indícios de desenvolvimento da chamada síndrome da alienação parental. Não se verificam razões plausíveis para que seja operada reforma na sentença, cuja solução é a que melhor atende ao interesse das infantes, preservando-lhes a segurança e o bem-estar físico e emocional, inclusive no que pertine à restrição do exercício do direito de visitas pela avó, condicionado à submissão a tratamento psicológico. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº

70059431171, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/11/2014). (TJ-RS - AC: 70059431171 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 26/11/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/12/2014)

Neste julgado fica claro a prática da alienação parental, praticada pela avó paterna das infantes, bem como as plenas capacidades da mãe na criação de suas filhas. Assim é negado à avó a guarda requerida bem como fica restrito o direito de visita da mesma às crianças.

Já a seguir, percebe-se Apelação Civil, a incoerência da alienação parental, pois foi constatado que o pai em nada interferira negativamente ao psicológico de seus filhos.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO PARENTAL. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. I. A homologação de acordo, firmado em audiência, não implica em ausência de interesse da autora em recorrer da sentença que julga improcedentes os pedidos, porque, além de não representar reconhecimento do pedido, teve natureza precária e não abarcou toda a pretensão inicial. II. A alienação parental é identificada como o ato por meio do qual um dos genitores induz ou influencia o filho a romper os laços afetivos com o outro, criando sentimentos de ansiedade, temor e tristeza em relação a este. III. Não comprovado o contexto de interferência negativa na formação psicológica das crianças pelo pai, com a fragilização do vínculo afetivo entre estas e a mãe, não há se reconhecer a prática de atos de alienação parental. IV. Negou-se provimento ao recurso. (TJ-DF - APC: 20140110815696, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 09/03/2016, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE :17/03/2016. Pág.: 349).

Na jurisprudência analisada acima, houve a negação do recurso da autora, por ter sido considerado improcedente as acusações de alienação parental, pois esta se caracteriza pela indução ao filho para que rejeite o outro genitor, o que não foi comprovado.

Percebe-se assim através destes julgados, o quão importante é a verificação da guarda e que a mesma só será alterada com a devida comprovação, pois os Tribunais atuam sempre em defesa do melhor interesse do menor.

Considerando o fato da Alienação Parental gerar tantos prejuízos ao menor, de acordo com. (DIAS, 2011).

A alienação parental é tida como um descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, pois ocorrendo a separação dos pais, o filho não pode se sentir objeto de vingança em face de ressentimentos. Com o divórcio não pode haver a cisão dos direitos parentais.

Neste sentido, com a separação um dos cônjuges, passa a usar o filho para chantagens ou para denegrir a imagem do outro, muitas vezes pela simples disputa pela guarda do menor, o que pode gerar transtornos irreversíveis a mesmo. (DIAS, 2011).

Portanto, na busca por soluções para este conflito familiar, sempre pensando no melhor interesse da criança, foi aprovada a Lei nº 13.058/2014 que traz a Guarda Compartilhada, como uma medida de proteção à criança já que na Alienação Parental segundo Grisard Filho:

O divórcio apresenta um aspecto positivo e um negativo para criança. O aspecto positivo é a redução do conflito parental. E o aspecto negativo é a diminuição da disponibilidade de relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família, conseqüentemente, de ser por ele (ou ela) abandonada. (GRISARD FILHO, 2005, p. 162)

Para tanto entra aí a importância do compartilhamento da guarda, permitindo à criança um maior convívio com ambos os genitores, onde os mesmos possam participar ativamente de sua vida e fazendo com que sejam obrigados a conviverem de uma maneira mais amigável reduzindo assim a prática da Alienação Parental.

5 CONCLUSÃO

Através do presente trabalho, fica claro a evolução do poder familiar, pois o que antes era chefiado pelo marido exclusivamente, tornando a mãe submissa, inclusive na educação dos filhos, com a Constituição de 1988 traz uma igualdade em que ambos genitores passam a exercer em conjunto o poder familiar sobre sua prole.

No entanto a partir daí surgem as disputas pela guarda, nos casos de separações, bem como nos casos em que não há nenhum envolvimento amoroso entre os genitores. Porém o direito passa também a se preocupar com o psicológico de todos envolvidos, pois sabe-se o quanto é difícil o momento de ruptura, que na maioria das vezes é indesejada por uma das partes, o que faz com que devido a mágoa, o adulto não hesite em utilizar os filhos como instrumento de vingança. Portanto, muitas vezes os pais têm dificuldade na percepção de que o interesse da criança deve prevalecer sob seus problemas conjugais.

Neste sentido adentramos no estudo dos cuidados e necessidades das crianças como sujeitos de direitos e o quanto é importante a proteção integral à ela, usando como fonte para este estudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pelo Artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e ainda contando com muitas Doutrinas e Jurisprudências acerca deste assunto.

Apresenta-se assim a instituição da Alienação Parental no ordenamento nacional, devido à preocupação tanto no âmbito social quanto jurídico, no que se trata de não apenas punir os atos dos alienadores em questão, mas também impedir que estes ocorram, dada o quão perigosa ela pode ser para a criança envolvida.

Superada a introdução do trabalho, passa-se então a analisar os tipos de guarda dos filhos nos casos de separações, determinando uma prioridade à guarda compartilhada, a qual deve ser adotada sempre que possível.

A guarda unilateral é concedida a um só dos genitores, onde este tem total poder sobre o filho, enquanto que o outro que não detêm a guarda tem o direito de visita com dias e horários estipulados pelo detentor da guarda.

Já na guarda compartilhada, a qual encontra-se como objetivo principal deste trabalho, ambos os genitores podem participar ativamente da vida do menor, propiciando a este um maior e melhor convívio com os pais. Portanto neste sentido,

no presente trabalho vimos que a guarda unilateral vem dando espaço à guarda compartilhada, haja vista que esta traz maiores benefícios ao menor envolvido.

Assim de acordo com a lei 13.058/2014, esta é a modalidade que melhor reflete no poder familiar, na necessidade dos filhos de conviverem com ambos os genitores, revelando aos pais a importância de tal instituto, na manutenção do vínculo parental, acabando com a situação em que um dos pais torna-se um mero visitante ao filho.

Cabe destacar, que para se obter o êxito desejado na mesma é imprescindível o consenso entre os genitores pois quanto mais compreensão das partes menores serão os conflitos, o que fará com que os filhos enfrentem a situação de maneira menos traumática possível.

No entanto, sabe-se que na maioria das vezes, com o fim do relacionamento, fica a mágoa, ódio, rancor, impedindo o bom convívio entre os pais, e fazendo com que estes passem a usar o filho como instrumento de vingança, iniciando uma campanha destrutiva para a criança, denegrindo a imagem do outro genitor, implantando falsas memórias na cabeça do menor, desenvolvendo assim a Síndrome da Alienação Parental e por consequência surge a chamada Alienação Parental.

Esta pode ser praticada por um dos genitores ou por qualquer outra pessoa da família, com o único objetivo de afastar a criança do outro. No entanto este é um assunto de grande relevância social, devido ao quanto tal Síndrome é prejudicial ao emocional da criança, pois com o tempo as falsas memórias impostas ao menor, passam a ser confundidas com verdades, tanto por ele quanto por parte do alienador que passa a acreditar em suas próprias histórias.

Neste sentido, temos como um dos principais objetivos da guarda compartilhada evitar esta alienação parental, pois suas consequências podem ser irreversíveis no que se trata aos danos emocionais à criança envolvida, como confusões emocionais, problemas psicológicos no aprendizado ou até mesmo de saúde.

Todavia, o presente trabalho objetivou verificar a possibilidade da guarda compartilhada prevenir ou até mesmo acabar com a alienação parental e sua eficácia na proteção do melhor interesse da criança, salientando que muitas vezes a alienação se dá pela angústia dos pais que na ruptura do casamento iniciam uma disputa na participação na vida dos filhos e muitas vezes partem para chantagens e

acusações. Portanto, compartilhando a guarda ambos participarão ativamente na vida do filho. Para tanto antes de qualquer decisão, serão analisados os benefícios que a mesma pode trazer a criança bem como as condições de ambos de proporcionar o bem estar físico e psíquico ao menor.

Sendo assim, ficou comprovada a importância da mesma, mesmo com a inexistência de consenso entre os genitores, pois a criança não tem nada a ver com a separação do casal, mesmo porque com separação ou não, filho é para sempre e necessita de proteção integral, convivendo com ambos os pais.

Por fim contamos com a Lei 13.058/2014, que vem modificar o direito de família brasileiro, pois mesmo antes de ser publicada já permitia que o juiz aplicasse a guarda compartilhada sempre que achasse necessário. No entanto quando esta lei entra em vigor o magistrado muda seu entendimento, passando a usá-la mesmo nos casos em que os genitores não entram em um acordo, pois o que os juízes buscam é sempre o melhor para o menor envolvido. Então a guarda compartilhada torna-se a opção mais viável para reduzir os danos causados à criança que acaba jogada no centro das separações mal resolvidas, e para inibir cada vez mais a Alienação Parental.

No entanto a lei que regula a alienação parental é um instituto novo com medidas e orientações de suma importância para que juízes possam identificar a mesma e agir da maneira mais adequada a proteção do infante, ações essas que dependerão do grau de alienação encontrada na questão.

Portanto, em todo termino de relação, é aconselhável aos genitores que pensem exclusivamente no bem estar de sua prole, que aceitem compartilhar a guarda, evitando traumatizar seus filhos, com sentimento de abandono para que estes possam passar por estes momentos de forma mais tranquila e saudável possível.

Por fim, fica explícito que com o fim da vida conjugal e afetiva, surgem dúvidas na cabeça do menor que ficará abalado, por muitas vezes ao se ver em meio as discussões dos pais, sentir-se-ão culpados, afetando assim seu desempenho físico e emocional, dependendo apenas de seus pais, o seu bem estar, que a partir da guarda compartilhada, poderá proporcionar ao filho um convívio mais saudável, preservando-os assim de possíveis transtornos psicossociais.

Conclui-se, então, que a manutenção da integralidade do poder familiar após a ruptura do casal, é de fato uma maneira possível e mais indicada para se inibir ou

evitar os atos de Alienação Parental, pois esta auxilia na superação das diferenças e diminui a sensação de impotência que acaba sendo gerada através da guarda unilateral

REFERÊNCIAS:

ANDRIGHI, Nancy. DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL nº REsp: 916350 RN 2007/0002419-2, TERCEIRA TURMA, Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 11/03/2008. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ANDRIGHI, Nancy. DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, TERCEIRA TURMA, Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 03/06/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de; Do concubinato ao casamento de fato. 4 ED. São Paulo. SP. Revista dos Tribunais, 1999.

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 28 mai. 17

BRASIL. Constituição Federal 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL, Código civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRITO, Francine Amanda Franchi. Da atual legislação da guarda compartilhada e sua aplicabilidade. Disponível em: www.francinefranchi.jusbrasil.com.br. Acesso em: 28 mai. 17

BRITO, L. M. R. e Gonsalves, E.N. Razões e contrarrazões para aplicação da guarda compartilhada. Disponível em: www.revistatribunaisunisc.unisc.br. Acesso em: 28 mai. 17

CARVALHO, Brandão de. Apelação Cível nº 201000010064408, 2ª Câmara Especializada Cível, Tribunal de Justiça do PI. Julgado em 26/05/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos Relator. Sétima Câmara Cível, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. Agravo de Instrumento n.º 70067827527, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 16/03/2016. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Código Civil; Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Constituição Federal 1916 Constituição da República Federativa do Brasil.

COSTA, Marli Marlise Moraes da. Revisando o ECA: notas críticas e observações relevantes/ Marli Marlise Moraes da Costa / Rosane Teresinha Carvalho Porto – Curitiba: Multideia, 2013.

DA SILVA, Caíque Tomaz Leite. Ensaio sobre a possibilidade jurídica da guarda alternada. Disponível em: <www.revistatribunais.unisc.br>. Acesso em: 22 maio 2016.

DIAS, Maria Berenice; Incesto e Alienação Parental: Realidades que a justiça insiste em não ver. 2. Ed. São Paulo. SP: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; Manual de direito das famílias edição 9, 2013 Pagina 27 g. 15 a 25

DIAS, Maria Berenice; Manual de direito das famílias 3º edição 2006- pag.472-473

DIAS, Maria Berenice. Quem pariu que embale! Disponível em: www.mariaberenice.com.br. Acesso em: 29/05/17

DIAS, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos de famílias. São Paulo: revista dos tribunais, 2011.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

ECKERT, José Pedro de Oliveira. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 70065602484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 20/08/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

FONSECA, Antônio Lima. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental – 3.ed.revi. Atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr; Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental; 5ª edição, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

GRISARD FILHO, Waldir. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2010

_____. Lei da Adoção; Lei nº12.010, de 3 de agosto de 2009.

_____. Lei da Alienação Parental; Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

_____. Lei da Guarda Compartilhada; Lei n. 11.698 de 13 de julho de 2008.

LEVY, Laura Afonsa da Costa. O estudo sobre a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 29/05/17

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos. Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Sandra Brisolara. Apelação Cível n.º N° 70059431171, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 26/11/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano; Guarda compartilhada. Uma solução possível. Revista literária de Direito n° 9, 1996 p. 19.

OLIVEIRA, José Divino de. Apelação n.º APC: 20140110815696, 6ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do DF. Julgado em 09/03/2016. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel. Guarda compartilhada de criança é modelo em separação. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 30/05/17

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 15. Ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnoldo; Direito de Família; 4ª Edição, Rio de Janeiro; Editora Forense-2006.

SALOMÃO, Luis Felipe. Adoção de menor por casal homossexual n° 2006/0209137-4, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 27/04/2010. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. APELAÇÃO CIVEL n° AC: 70059174961, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 26/06/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. AGRAVO DE INSTRUMENTO n°70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 18/02/2016. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SOARES, Orlando; Direito de Família. Rio de Janeiro; Editora Forense-2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; Direitos de família e do menor 1993.

VENOSA, Silvío de Salvo. Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo; O novo direito de família. De acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) 2004.