Tatyane Ferreira Lemes de Souza Silva dos Reis

DA FIXAÇÃO DA GUARDA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO UNILATERAL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

TATYANE FERREIRA LEMES DE SOUZA SILVA DOS REIS

DA FIXAÇÃO DA GUARDA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO UNILATERAL: UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL

1ª ed.

Piracanjuba-GO
Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REIS, TATYANE FERREIRA LEMES DE SOUZA SILVA DOS
R375D DA FIXAÇÃO DA GUARDA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO UNILATERAL: UMA
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
TATYANE FERREIRA LEMES DE SOUZA SILVA DOS REIS. – Piracanjuba-GO

Editora Conhecimento Livre, 2021

63 f.: il

DOI: 10.37423/2021.edcl307

ISBN: 978-65-89955-25-2

Modo de acesso: World Wide Web

Incluir Bibliografia

1. tipos-de-guardas 2. ,-alienação-parental 3. ,--analises-jurisprudencial I. REIS, TATYANE
FERREIRA LEMES DE SOUZA SILVA DOS II. Título

CDU: 340

<https://doi.org/10.37423/2021.edcl307>

O conteúdo dos artigos e sua correção ortográfica são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Corpo Editorial

Dr. João Luís Ribeiro Ulhôa

Dra. Eyde Cristianne Saraiva-Bonatto

Dr. Anderson Reis de Sousa

MSc. Frederico Celestino Barbosa

MSc. Carlos Eduardo de Oliveira Gontijo

MSc. Plínio Ferreira Pires

Editora Conhecimento Livre

Piracanjuba-GO

2021

10.37423/2021.edcl307

Quero agradecer primeiro a Deus por me permitir chegar até aqui. Agradeço também os meus pais, principalmente aos meus filhos e marido pela paciência, por me distanciar para dedicar a esse trabalho.

"O CONHECIMENTO NOS FAZ RESPONSÁVEIS".

(Autor: Che Guevara)

Resumo: O Direito de Família é um dos ramos do direito que passou por extensas transformações ao longo dos anos, conforme as mudanças sociais, e conseqüentemente, surgiram novos conflitos, especialmente após a dissolução da união conjugal. Logo, o presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a temática da alienação parental e a guarda unilateral no cenário contemporâneo, e análise jurisprudencial. Ora, tem por escopo o estudo, demonstrar que apesar da Lei da Guarda Compartilhada ter estabelecendo-a como regra, na intenção de inibir a alienação parental. Porém, há ainda ocorrência da alienação parental, por isso a análise do entendimento jurisprudencial do trabalho faz-se relevante quando verificada a alienação. A discussão do tema foi realizada a partir da construção do problema da pesquisa, o qual corresponde ao seguinte problemática: em caso de alienação parental como os tribunais tem decidido sobre a fixação da guarda dos menores? Diante disso, tem-se a hipótese diante da recorrência da alienação parental ainda na contemporaneidade e os prejuízos causados no desenvolvimento do infante. Que seja aplicada a guarda unilateral observando os princípios constitucionais fundamentais do melhor interesse da criança e do adolescente e convivência familiar saudável, observando os patamares mínimos para desenvolvimento do infante. Destarte, o estudo tem por objetivo geral e norteador da pesquisa que visa, portanto, analisar alienação parental e demonstrar a aplicabilidade do instrumento jurídico da guarda unilateral em caso de alienação parental, ante o cenário de diversos tipos de família, com ênfase na análise jurisprudencial. Para isto, no trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo adotando a pesquisa documental e bibliográfica, análise dos dispositivos legais infraconstitucionais, constitucional, livros, acervos bibliográficos *online*, doutrinas e jurisprudência.

Palavras-Chave: Tipos de guarda. Alienação. Família. Reflexos da alienação.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. DIREITO DE FAMÍLIA	9
2.1. CONCEITO DE FAMÍLIA	10
2.2. DA EVOLUÇÃO DE FAMÍLIA NO BRASIL	11
2.3. ESPÉCIES DE FAMÍLIA	14
2.3.1. FAMÍLIA MATRIMONIAL – DECORRENTE DO CASAMENTO.....	15
2.3.2. FAMÍLIA INFORMAL – DECORRENTE DA UNIÃO ESTÁVEL.	16
2.3.3. FAMÍLIA MONOPARENTAL – CONSTITUÍDA POR UM DOS GENITORES COM SEUS FILHOS	17
2.3.4. FAMÍLIA ANAPARENTAL – CONSTITUÍDA SOMENTE PELOS FILHOS	18
2.3.5. FAMÍLIA HOMOAFETIVA – FORMADA POR PESSOAS DO MESMO SEXO.....	19
2.3.6. FAMÍLIA PLURIPARENTAL, MULTIPARENTAL, COMPOSTA OU MOSAICA – FORMADA PELA UNIÃO DE FAMÍLIAS MONOPARENTAIS.....	21
2.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	22
2.4.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	22
2.4.2. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	23
2.4.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE FILIAÇÃO.....	25
2.4.4. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	26
3. O PODER FAMILIAR E OS TIPOS DE GUARDAS	28
3.1. PODER FAMILIAR	28
3.2. DOS TIPOS DE GUARDA.....	32
3.2.1. GUARDA UNILATERAL	32
3.2.2. GUARDA ALTERNADA	34
3.2.3. GUARDA NIDAL	35
3.2.4. GUARDA COMPARTILHADA	37
4. ALIENAÇÃO PARENTALE REFLEXOS JURÍDICOS.....	40
4.1. ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E REFLEXOS DA LEI N.º 12.318/10	40
4.2. CONCEITO DE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)	44

4.3. DA FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.	47
5. CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	57

1. INTRODUÇÃO

No transcorrer dos anos, a sociedade vivenciou inúmeras transformações e consequentemente varias mudanças no ordenamento jurídico, que proporcionou o reconhecimento de novos direitos e deveres, surgindo no Direito de Família o nascer de novos tipos de famílias.

Nesse viés, o Direito de Família, relacionando com as leis esparsas, na tentativa de acompanhar a evolução das relações familiares, proporcionando a proteção da prole, baseando-se nos princípios fundamentais do âmbito familiar, especialmente no que tange o tema do presente trabalho ao versar sobre: a alienação parental e a guarda unilateral no cenário contemporâneo, através da análise jurisprudencial.

Considerando os desafios enfrentados pelas famílias após dissolução do casamento ou união estável, em evidencia está alienação parental. Fato esse recorrente, que proporciona reflexos negativos no desenvolvimento do infante, prejudicando ainda a afetividade com o genitor alienado, e dentre outros, além dos transtornos psicológicos decorrentes do desenvolvimento de síndrome da alienação parental.

Não obstante, analisando a evolução da alienação parental, o entendimento doutrinário e jurisprudência, no concernente ao melhor interesse da prole, o estudo sobre o tema busca responder a seguinte indagação problemática: em caso de alienação parental como os tribunais tem decidido sobre a fixação da guarda dos menores?

De acordo com a problemática tem-se como hipótese que, diante da recorrência da alienação parental ainda na contemporaneidade e os prejuízos causados no desenvolvimento do infante, mesmo depois de estabelecida a guarda compartilhada como regra. Deste modo que seja aplicada a guarda unilateral observando os princípios constitucionais fundamentais do melhor interesse da criança e do adolescente e convivência familiar saudável, observando os patamares mínimos para desenvolvimento do infante.

Em vista da problematização apresentada e na hipótese afirmada, o estudo tem como objetivo geral e norteador da pesquisa que visa, portanto, analisar alienação parental e demonstrar a aplicabilidade do instrumento jurídico da guarda unilateral em caso de alienação parental, ante o cenário de diversos tipos de família, com ênfase na análise jurisprudencial.

E por objetivos específicos analisar, interpretar e demonstrar os aspectos históricos do Direito de Família, novo conceito de família, as espécies de família, e os princípios fundamentais do Direito de

Família; analisar e demonstrar o conceito de poder familiar, os tipos de guarda; e, finalmente, ponderar e interpretar a alienação parental, síndrome da alienação parental e seus reflexos jurídicos, conforme análise jurisprudencial da fixação de guarda unilateral em caso de alienação parental.

Neste cenário, o presente estudo tem como justificativa, a relevância social na análise sobre os aspectos advindos da alienação parental, e seus reflexos como os sintomas pertinentes à síndrome da alienação. Logo, destacando afronta aos princípios instituídos constitucionalmente que protegem o infante, como princípio do melhor interesse da criança e a convivência familiar saudável à criança e adolescente.

Em face desse contexto, finalmente faz se oportuno ainda, a justificativa acadêmica e científica na compreensão dos efeitos no Direito de Família, vinculado à disposição de nova entidade familiar. Ao atribuir conhecimento interdisciplinar, por comunicar outros ramos do Direito, como direito constitucional, relacionar o Estatuto da Criança e Adolescente, assim como área diversa, a psicologia. Que possibilita o amadurecimento jurídico e aplicação da legislação vigente cooperando entre si, a esclarecer sobre melhores condições de vida para criança, assim como intuito de garantir direitos fundamentais ao ente familiar.

Nesse viés, em busca da solução para a problemática estabelecida, utilizou-se o método dedutivo, adotando a pesquisa documental e bibliográfica, legais infraconstitucionais, constitucional, livros, acervos bibliográficos *online*, doutrinas e jurisprudência.

Nesse sentido, no referencial teórico utilizou-se a doutrina da professora de direito de família e fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) Maria Berenice Dias influi com interpretação protetora no âmbito familiar, as obras ilustres dos autores Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Rolf Madaleno, que norteiam o Direito de Família no que tange o tema em estudo, a alienação parental, a garantia dos direitos dos infantes, visando atentar ao melhor interesse dos filhos, principalmente sobre assunto guarda. Em fim, todas as obras proporcionaram o desenvolvimento e exposição do presente estudo, destacando a relevância em discutir o tema.

2. DIREITO DE FAMÍLIA

O desenvolvimento dinâmico da família ao longo do tempo, partindo de sua formação, passando por várias mudanças sociais, novos valores, proporcionou reconhecimento de novas espécies de família. Ora, "o Direito de Família é extremamente dinâmico; [...] esse também variado, multiforme, edificado

no afeto, indubitosa mola mestra das relações pessoais".¹ Assim, partindo dos princípios basilares compreende a construção e as alterações que culminaram na concepção de Direito de Família hodierna.

2.1. CONCEITO DE FAMÍLIA

Ao conceituar a família, destaque-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considerasse família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, agregam os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos, os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge.²

Por isso, esse conceito de família vem amplamente disposto à luz da Constituição Federal no artigo 226 "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"³, que são formadas atualmente por pessoas com laços afetivos.

Nesse viés, com acuidade Carlos Roberto Gonçalves, define vocábulo família: "abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins".⁴

Sob essa égide, a família compreende em aspectos jurídicos, morais, sociológicos que se entrelaçam. Seguindo essa linha, a convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política⁵.

Nesses aspectos, ressalta-se ainda na Declaração Universal de Direitos do Homem expressa (XVI) ao dispor a importância do ente familiar, consagra que: "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado"⁶. Insta que, por essa razão a família como base da estrutura da sociedade, merece especial tutela do Estado.

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho elucidam que, o conceito de família: "reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não correremos o risco de cair no lugar comum da retórica vazia ou no exacerbado tecnicismo desprovido de aplicabilidade prática"⁷.

Neste âmbito, diante dos diversos significados da palavra família em áreas da ciência humana, é inquestionável a importância do seio familiar na vida em sociedade, visto que, envolve a formação do

indivíduo. Deste modo, o código civil trás a ideia de entidade familiar, suas características, é definida pela relação de parentesco, conforme previstos nos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil⁸.

Em suma, a família caracteriza o vínculo entre um conjunto de pessoas que se relacionam, com valores e conceitos descendentes de um tronco ancestral, que coexistem juntamente com entidades familiares diferentes dentro de uma mesma sociedade.

Destarte, o Direito da Família rege essas relações entre pessoas visando solucionar conflitos e instituir regras, como também a proteção da prole. Para tanto, faz-se necessários à compreensão da evolução das famílias conforme as mudanças sociais.

2.2. DA EVOLUÇÃO DE FAMÍLIA NO BRASIL

A forma contemporânea que nos remete a ideia de família influi no conjunto de pessoas que se uniram e constituíram lar com filhos, parentes, e formaram forte laço acolhedor e afetivo. Oriundas de várias mudanças sociais, que reconstruíram a função da família ao longo dos anos, com a influência de novas culturas proporcionando relevante papel social.

Nesse raciocínio, durante décadas, no Brasil a família legítima era somente as constituídas pelo casamento. E tratava-se o casamento, de acordo entre as famílias que tinham por finalidade mero interesse social e financeiro para união. Ressalta-se, portanto, que esse cenário "antes de 1988, a união estável era tratada como concubinato puro. Tudo fora do casamento era ilegítimo"⁹.

Logo, o antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família com uma visão limitada ao casamento, e impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.¹⁰

Nesse contexto, explica Carlos Roberto Gonçalves, que o Código Civil de 1916 proclamava no artigo 229, que:

A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida¹¹.

Ora, o assunto família praticamente passou despercebido pelas duas primeiras Constituições nacionais, pois a primeira, de 1824, nenhuma referência fazia à família em particular e a segunda apenas passou a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família, determinando que sua celebração fosse gratuita.

Na sequência, no Brasil grandes mudanças ocorreram no direito de família a partir da década de 1970, havendo notáveis convergências nas soluções adotadas, principalmente na realização do princípio da igualdade entre os cônjuges e entre os filhos de qualquer origem¹².

Não obstante, Paulo Lôbo, ainda evidencia que:

O direito de família que surgiu desse processo transformador, de acordo com a intensa evolução das relações familiares, pouco tem de comum com o que se conheceu nas décadas e séculos anteriores. Nenhum ramo do direito privado renovou-se tanto quanto o direito de família, que antes se caracterizava como o mais estável e conservador de todos. Mas, apesar dos avanços da legislação, especialmente da Lei do Divórcio, restaram normas que favoreciam o tratamento desigual entre marido e mulher e entre os filhos, além de permanecer a vedação às entidades familiares não matrimoniais¹³.

Haja vista, entretanto, a Constituição Federal de 1988 ampliou direito e deveres no que tange ao Direito de Família, assim Álvaro Villaça Azevedo acresce:

Constituição Federal vigente, de 5 de outubro de 1988, trouxe várias inovações ao Direito de Família brasileiro, entre as quais, pelo § 3º de seu art. 226, o reconhecimento do concubinato puro, não adulterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, do Direito de Família¹⁴.

A partir de então, o mundo vive em constante processo de renovação, e no Brasil sobreveio a valorizar a relação entre seus membros e idealizar a implementação do princípio da felicidade, sendo possível integrar sentimentos, esperanças e valores, passou-se vincular o sentido felicidade a família até a contemporaneidade.

Com acuidade Carlos Roberto Gonçalves, elucida que, a promulgação da Carta Magna amparou nos valores sociais relacionados ao termo família:

A Constituição Federal de 1988 “Absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”¹⁵.

A partir desse momento, sucessivas transformações legislativas sobre família iniciaram, e com o advento da Constituição Federal de 1988 uma nova perspectiva da família e sociedade. E por consequência desta evolução humana, o Estado passa a tutelar a entidade familiar, antes o que era

admissível, passa a ser rejeitado pela sociedade. Antes era indissolúvel o casamento, o pai tinha total poder da vida e a morte da prole, ou possibilidade de anular casamento por se verificada esterilidade.

Acresce ainda, Paulo Lôbo, nesse sentido que:

À família, ao longo da história, foram atribuídas funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher - poder marital, e sobre os filhos - pátrio poder. As funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida¹⁶.

Nesse passo, anteriormente a forma de dissolução ocorria por desquite, que dissolia apenas a sociedade conjugal, mas não permitia que os desquitados contraíssem novo casamento, porém assim com advento da Lei do Divórcio, passou-se a existir duas formas de dissolução do casamento: a separação e o divórcio.

Marco histórico, no que diz respeito à legislação, foi à promulgação do Código Civil de 1916, aquela época, a família patriarcal posicionava-se como coluna central da legislação e prova disso foi à indissolubilidade do casamento, como também a capacidade relativa da mulher. O instituto da guarda estava atrelado à culpa na separação e não no bem-estar da criança, como é na atualidade, sendo aquela atribuída ao consorte não culpado pelo desquite¹⁷.

Dentre importantes dispositivos legais editados no ordenamento jurídico brasileiro nesse período, um deles foi advento do Divórcio, que por sua vez, passou várias modificações conforme mudanças culturas sociais.

Perfazendo, na sequência o cenário nacional em meio à evolução do Direito de Família, houve a edição da Lei 6.515/77, chamada Lei do Divórcio, que, obedecendo ao texto fundamental da época, admitia o divórcio indireto, após a separação judicial (divórcio direto após 5 anos de ruptura de fato do casamento).

O Brasil continuou aderir novos no que tange a família, assim sabiamente Álvaro Villaça Azevedo, explica as mutações do divórcio até atualidade:

O divórcio, como pretendido por Nelson Carneiro, viria a existir com a Constituição Federal de 1988, que o admitiu após a prévia separação judicial por mais de um ano, na forma da lei (divórcio indireto) ou após “comprovada separação de fato por mais de dois anos” (divórcio direto). Desse modo, no processo de divórcio, atualmente, não há que cogitar-se da causa que ocasionou a separação do casal. Bastava a comprovação de que o mencionado

prazo ocorrera. Essa norma constitucional repetiu-se no art. 4º da Lei n. 7.841/89, bem como no art. 1.580 e seu § 2º, onde se mantinham os mencionados prazos, do Código Civil. Atualmente, pela Emenda Constitucional n. 66, promulgada pelo Congresso Nacional em 13 de julho de 2010, eliminaram-se todos os referidos prazos do § 6º do art. 226 da Constituição. Por essa EC n. 66, qualquer dos cônjuges ou o casal pode requerer o divórcio quando quiserem. Isso, sem se falar no divórcio, que pode ser requerido em Cartório, pela

Lei n. 11.441/2007, não havendo filhos menores ou incapazes, atualmente também, independentemente de qualquer prazo¹⁸.

Destaca ainda, no âmbito familiar, que em 20 de novembro de 1989 foi instaurada a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos da criança e do adolescente, que foi aprovada em assembleia geral, ocorrida em Nova Iorque e ratificada pelo Brasil, através do Decreto de nº 99.710/99¹⁹, é considerada o instrumento de direitos humanos mais aceitos na história universal.

Desta feita, surgiu uma nova visão de responsabilidade e foi editada a Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que representou enorme avanço no reconhecimento dos direitos destas pessoas em fase de desenvolvimento²⁰.

Nesta caminhada evolutiva do Direito, e em razão do progresso da jurisprudência, várias foram as situações que surgiram respaldo legal, a exemplo da união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas.

Destarte, sob o contexto histórico destaca o presente trabalho as principais mudanças no Direito de Família ao longo dos anos, mas sem a intenção de esgotá-las.

Em suma, com o conceito evoluído sobre proteção dos direitos da criança e do adolescente com extrema relevância as diretrizes trazidas pela Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) e a Lei 13.058/2014 (Lei da Guarda Compartilhada), com esse objetivo da proteção do interesse dos menores, o que será evidenciado no adiante no presente estudo.

2.3. ESPÉCIES DE FAMÍLIA

A família moderna caracteriza-se pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. Desta forma, novas concepções acerca da família surgem no ordenamento pátrio, conceitos tais que se fundam sobre a personalidade humana, devendo a entidade familiar ser entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a dignidade do ser humano, no tocante a seus anseios e sentimentos, de modo a alcançar a felicidade plena²¹.

Não obstante, Paulo Lôbo, elucida sobre a previsão constitucional das entidades familiares, ressaltando a seguinte interpretação:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.²²

Por Tal Forma, Mais Especificamente Nos Parágrafos Primeiro A Quarto Do Referido Art. 226²³ Da Carta Magna, Cuida Explicitamente Dos Direitos Da Família, E Faz Referência A Três Categorias De Família, O Casamento, A União Estável E O Núcleo Monoparental.²⁴ Com Entendimentos Doutrinário E Jurisprudencial Surgem Novas Concepções De Entidades Familiares.

2.3.1. FAMÍLIA MATRIMONIAL – DECORRENTE DO CASAMENTO

A espécie de família matrimonial forma-se a partido do casamento, tornando o homem e mulher como um só, levando ao pensamento do casamento ser indissolúvel, o membro da família era composto pelo pai, pela mãe e filhos. Esse tipo de família era único reconhecido legalmente antes da Constituição Federal de 1988, mas com sua promulgação passou-se abranger outras formas de organização familiar.

Oportuno mencionar, que sucintamente Christiano Cassettari, expressa acerca do conceito de casamento:

É a união de pessoas de sexos distintos ou do mesmo sexo (casamento homoafetivo), reconhecida e regulamentada pelo Estado, constituída com objetivo de criação de uma família e baseada num vínculo de afeto. Porém, cumpre salientar, que o art. 1.513 do Código Civil estabelece que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, e segundo o caput do art. 226 da CF, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado²⁵.

Por outro lado, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho citado por Maria Helena Diniz, conceitua o casamento como sendo: “O vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”²⁶.

A exacerbada sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família. Todavia é a família, e não o casamento, que a Carta Magna chama de base da sociedade, merecedora da especial atenção do Estado. Apesar de ser assegurada assistência à família na pessoa de cada um

dos que a integram (CF 226 § 8.º), é imposto à família o dever de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta primazia, todos os direitos que lhes são assegurados (CF 227)²⁷.

Nessa visão de família, expande-se o entendimento sobre ente familiar e considera-se as novas formas de família, como a união estável, atribuindo-se todos os direitos e deveres do casamento.

Nessa vertente, Madaleno Rolf, expõe:

Com o passar dos tempos e a evolução dos costumes sociais, a união estável foi posta constitucionalmente ao lado da família do casamento, a merecer a proteção do Estado e figurar como essencial à estrutura social, sendo que o casamento, diferentemente da união estável, dispõe de todo um complexo de dispositivos no Código Civil destinados à sua formal, precedente e legítima constituição e sua eventual dissolução.²⁸

O Direito de Família passou a ter maior amparo jurídico, com leis que dispõe a proteger e regular as entidades familiares. Surgindo então, a possibilidade de separação conjugal, antes inaceitável.

Contudo, com advento da Lei do Divórcio, que consagrou a dissolução do vínculo matrimonial, além da disposição de direitos como a mudança do regime legal de bens para o da comunhão parcial, e tornou facultativa a adoção do nome do marido²⁹. Passou-se a partir visar à proteção da prole, assim como, do ente familiar, de modo garantir que a obrigação para com a criança e adolescente permaneça intacta.

2.3.2. FAMÍLIA INFORMAL – DECORRENTE DA UNIÃO ESTÁVEL.

Na visão do texto constitucional, que dispõe à família como base da sociedade, independentemente da forma como configura, assim, foi alargado o conceito de família, reconhecendo a existência da família informal inicialmente distinguida pela união de pessoas desquitadas, por concubinas, dentre outras formas, fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana passou a denominar união estável.

Ademais, Madaleno Rolf, sabiamente expõe que:

A família informal é uma resposta concreta a essa evolução e ela já foi sinônima de família marginal, muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente porque o matrimônio era um vínculo vitalício e indissolúvel. Denominado concubinato, em 1988 foi alçado à condição de entidade familiar com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada de união estável.³⁰

Logo, essa espécie de família, assim como outras, por serem instituídas por afeto, devem gerar efeitos jurídicos. Dessa forma, tem como efeito da união estável a possibilidade de registro em cartório resguardando direitos e convencionando regime de bens assim como no casamento, conforme dispõe art. 1.723 do Código Civil.³¹ Apesar de não necessitar do registro da união estável para comprovar o vínculo afetivo e convívio de casal.

Ante a regulamentação da união estável como entidade familiar, há preceitos quanto ao interesse casal em transformar em casamento, nessa perspectiva Maria Berenice Dias nos posiciona:

A possibilidade de converter a união estável em casamento é assegurada constitucionalmente (CF 226 § 3.º). De forma singela, a lei civil (CC 1.726) limita-se a dizer que o pedido deve ser formulado em juízo, com posterior assento no registro civil. A exigência de intervenção judicial afronta a própria recomendação constitucional de que seja facilitada a conversão da união estável em casamento. Ora, a necessidade de processo judicial, que implica contratação de advogado, pagamento de custas e, quem sabe, até produção de provas, é fator complicador. Por isso alguns Estados regulamentam o procedimento em sede administrativa. Talvez a exigência se justifique para emprestar efeito retroativo ao casamento. Mas, ainda assim, podem os conviventes obter o mesmo efeito de ordem patrimonial por meio de pacto antenupcial.³²

Numa visão constitucional e jurídica, vemos o elo que se propaga nos termos e conceitos meramente definidos, logo, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, instituído pelo art. 226, § 3º, Constituição Federal de 1988, e sua regulamentação pelo novo Código Civil possibilita essa opção aos casais que pretendem estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo³³.

2.3.3. FAMÍLIA MONOPARENTAL – CONSTITUÍDA POR UM DOS GENITORES COM SEUS FILHOS

A família monoparental são constituída por um dos progenitores (pai ou mãe) convive juntamente seus descendentes, sendo estes, formados pelo pai ou a mãe e filhos biológicos ou adotivos, provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente, daí não haver como confundir família monoparental com lugar monoparental³⁴.

Nessa visão, Maria Berenice dias nos posiciona que:

A Constituição, ao esgarçar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 § 4.º). O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, subtrai a conotação de natureza sexual do conceito de família. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo

familiar. Quando um casal com filhos rompe o vínculo de convívio, mesmo que a prole fique residindo com um dos pais, não se pode dizer que eles constituem uma família monoparental. Os encargos do poder familiar é inerente a ambos os pais, e o regime legal de convivência impõe a guarda compartilhada. De forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular esta estrutura de família, que acabou alijada do Código Civil, apesar de esta ser a realidade de um terço das famílias brasileiras.³⁵

Nesse viés, define como a entidade familiar integrada por um dos pais e seus filhos menores. Pode ter causa em ato de vontade ou de desejo pessoal, que é o caso padrão da mãe solteira, ou em variadas situações circunstancial, a saber, viuvez, separação de fato, divórcio, concubinato, adoção de filho por apenas uma pessoa. Independentemente da causa, os efeitos jurídicos são os mesmos, notadamente quanto à autoridade parental e ao estado de filiação³⁶.

Neste contexto, a igualdade entre filhos biológicos e não biológicos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou de uma única mãe e seus filhos, eleva-a a mesma dignidade da família matrimonial.³⁷

Em suma, o modelo de família monoparental foi recepcionado pela Constituição Federal 1988, ao reconhecer novas espécies de ente familiar, e por meio do art. 226 § 4º. Essa forma de família teve incidência a partir 1970, e por pensar na dificuldade de constituir novamente um relacionamento ou até mesmo não querer mais assumir um relacionamento muitos dos genitores decidem manter uma família monoparental.

2.3.4. FAMÍLIA ANAPARENTAL – CONSTITUÍDA SOMENTE PELOS FILHOS

A família constituída sem presença dos pais, podendo ser formada entre parentes ou amigos dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento de uma entidade familiar, que tem o nome de família parental ou anaparental.³⁸

A proposito, Madeleno Rolf, esclarece que:

Ao lado da família nuclear construída dos laços sanguíneos dos pais e sua prole está à família ampliada, como uma realidade social que une parentes, consanguíneos ou não, estando presente o elemento afetivo e ausentes relações sexuais, porque o propósito desse núcleo familiar denominado anaparental não tem nenhuma conotação sexual como sucede na união estável e na família homossexual, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar³⁹

Complementando sobre o tema, Maria Berenice dias, caracteriza: “A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito,

impõe o reconhecimento de uma entidade familiar, que tem o nome de família parental ou anaparental”.⁴⁰

A propósito, portanto, a família anaparental “é formada pela união de pessoas com ou sem vínculo de família, por exemplo, duas irmãs que moram juntas, ou amigas que estão estudando e vão morar fora da cidade de origem em um imóvel alugado”.⁴¹

Nessa premissa, essa espécie de família caracteriza por seus entes possuírem intenção de conviver sobre a mesma casa e constituir uma família, podendo ser parentes, mas não haver vínculo de descendência ou ascendência, e tão pouco, possuir relações sexuais.

2.3.5. FAMÍLIA HOMOAFETIVA – FORMADA POR PESSOAS DO MESMO SEXO

Nos primórdios, a família era constituída de uma forma rígida, apenas entre o homem e a mulher e sua prole, o casamento era único modo de formar uma família, sendo que o Estado resguardaria uma parcela dos direitos e deveres advindos desta união⁴².

Todavia, com o passar dos séculos, atrelando a palavra felicidade ao contexto família a sociedade evoluiu e, junto com ela, novas formas de instituir família, fazendo com que sua configuração sofresse inúmeras transformações, assim as modalidades familiares se expandiram, surgindo à família homoafetiva.

Deste modo, essa modalidade de família é formada pela união de pessoas com mesmo sexo, tendo como similaridade a família informal - união estável, assim como tal, poderá ser registrada em cartório. Logo, portanto, é relevante destacar que: “família esta, que sofreu e ainda sofre notório preconceito tanto da sociedade como do judiciário como um todo”⁴³.

Inclusive, importa demonstrar que a visão limitada de família, passou a ser reconhecida pela jurisprudência, partindo do princípio constitucional, e de acordo com o artigo 4º, da Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro - LINDB, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”⁴⁴, cabendo ao magistrado interpretação diante dessa lacuna.

Deste modo, de acordo entendimento Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

O STF, na ADI 4.277, em 2011, tendo em vista a omissão do legislador ordinário na disciplina da matéria e as controvérsias reinantes na jurisprudência dos tribunais, decidiu, aplicando diretamente a Constituição, que a união homoafetiva é espécie do gênero união estável. Para o STF, a norma constante do art. 1.723 do Código Civil, que alude à união estável entre homem e mulher, não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Assim, sua interpretação em conformidade com a Constituição exclui qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Esse reconhecimento deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heterossexual. Essa decisão foi tomada com eficácia erga omnes e efeito vinculante, significando força normativa equivalente à lei.⁴⁵

Dessa forma, direitos e deveres jurídicos decorrentes do casamento ou da união estável são iguais para o casal heterossexual ou homossexual, assim na relação entre os cônjuges ou companheiros. Nenhuma restrição ou limitação pode haver em razão do sexo igual ou distinto, notadamente quanto à natureza familiar dessas uniões, aos filhos, ao regime de bens, aos alimentos, à sucessão hereditária.⁴⁶

Logo, admitiu-se a adoção por famílias homoafetivas, ou seja, formada por duas pessoas do mesmo sexo, assegurando os direitos das crianças e adolescentes conforme art. 227 da CF/88. Ora, Maria Berenice Dias, ilustra que:

O tema ainda divide opiniões, mas não existe obstáculo à adoção por homossexuais. As únicas exigências para o deferimento da adoção são que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (ECA 43).⁴⁷ Em um primeiro momento, gays e lésbicas se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atentar aos prevalentes interesses do adotando. O resultado também vinha em prejuízo à criança. Vivendo em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um do par, restava absolutamente desamparada com relação ao outro, que também considerava pai ou mãe, mas que não tinham os deveres decorrentes do poder familiar. O não estabelecimento de uma vinculação obrigacional gerava a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com o filho que também era seu.⁴⁸

Destarte, com brusca mudança no contexto familiar, a sociedade vem amadurecendo juntamente com judiciário de acordo com a realidade social na busca de felicidade, afeto e harmonia, mudando assim moldes e conceitos.

2.3.6. FAMÍLIA PLURIPARENTAL, MULTIPARENTAL, COMPOSTA OU MOSAICA – FORMADA PELA UNIÃO DE FAMÍLIAS MONOPARENTAIS.

A nova concepção do Direito de Família trás a espécie de família pluriparental, também chamada de multiparental, composta ou mosaica. Por sua vez, é uma família reconstituída, ou seja, uma entidade familiar formada pela união de famílias monoparentais, isto significa, que os genitores advêm de uma família desconstituída, mas que instituiu uma nova família com proles trazidas da união anterior. Contudo, baseada no afeto e na convivência contínua, também há a necessidade de seus deveres e direitos esculpados.

Nesse ponto, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno, ressaltam que: “a pluriparental, também chamada de família reconstituída, em que, no casamento ou união estável de um casal, um, ou ambos, tem filhos de uniões anteriores”.⁴⁹

Sob essa vertente, é aquela formada por pessoas que já foram casadas por diversas vezes, e que trazem para essa família filhos de vários relacionamentos.⁵⁰

No que tange essa espécie de família moderna, José Francisco Basílio Oliveira esclarece que:

A realidade do país é um conglomerado de situações fáticas postas em debate no judiciário, pois não há como negar a convivência familiar nessa espécie de família e o afeto dela decorrente. É certo que a existência de brigas, discórdias ou mesmo inimizade entre os integrantes da família retiraria a formação de vínculos mais profundos entre as pessoas.⁵¹

Nesse sentido, a família pluriparental está diretamente vinculada à afetividade, mas trás aspectos da família monoparental, considerando se um genitor e prole. Contudo, observa-se que o pluralismo nas relações familiares tem sido vértice de nova ordem jurídica ocasionando mudanças na estrutura da sociedade.

Nessas famílias, “há que se reconhecer a existência de três entidades familiares: a nova família constituída pelo casamento ou união estável e as duas entidades formadas por cada um dos pais com sua prole fruto da união pretérita”⁵².

Dessa feita, a família contemporânea não está condicionada aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação, as novas famílias buscam construir uma história em comum na qual existe comunhão afetiva.

2.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios jurídicos, inclusive os constitucionais, são expressos ou implícitos. Estes últimos podem decorrer da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem surgir da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade).⁵³

Acresce ainda que, “princípio é uma regra básica retirada da doutrina, da jurisprudência, da lei e de aspectos políticos, econômicos e sociais, e que será aplicada aos institutos jurídicos”.⁵⁴ Isto é, orientam a compreensão do ordenamento jurídico para garantir os direitos fundamentais. Nesse aspecto, faz-se relevante a apreciação das diretrizes principiológicas basilares do Direito da Família no tocante a proteção da prole.

2.4.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito da Família, em especial, tem o princípio da dignidade da pessoa humana um núcleo essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.⁵⁵ Logo, na busca o desenvolvimento da família garantindo a todos a proteção à vida, liberdade, à igualdade, a cidadania, a convivência harmônica entre os entes da família.

Partindo dessa premissa, ressalta-se que está previsto no artigo 1º⁵⁶, inciso III, da CF/88, e estabelece uma despatrimonialização (deixar de valorizar o patrimônio) para valorizar a pessoa humana, o que se denomina personificação do direito privado.⁵⁷

Logo, a dignidade da pessoa humana encontra na família, o solo apropriado para florescer. Em especial sobre ordem constitucional dá-lhe proteção independentemente de sua origem. “As relações familiares devem ser norteadas pelos princípios da dignidade humana, solidariedade, afetividade, cuidado, pois é no seio da família que o ser humano se desnuda de suas máscaras e apresenta a sua maior vulnerabilidade”.⁵⁸

Nessa senda, Maria Berenice Dias nos acresce que: “talvez possa ser identificado como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções e experimentando no plano dos afetos.”⁵⁹

Partindo desse conceito, esse princípio é a luz no ordenamento jurídico, e vai além, assim a sua definição é missão das mais árduas, que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental

de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimonial e afetiva, indispensável à sua realização pessoal e à busca da felicidade.⁶⁰

Enfim, partindo desses conceitos o princípio da dignidade da pessoa humana, está elencado como fundamental, garantindo ao indivíduo o mínimo necessário para viver plenamente, não somente a sobrevivência, mas na realização da felicidade.

2.4.2. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade engloba a transformação do direito de família, nos mostrando que o afeto é o que dá sentido ao amor que temos a nossa família, a proteção e aos cuidados básicos que temos que ter, conforme previsto no art. 4º do Estatuto da Criança e Adolescente.⁶¹

Com acuidade, Paulo Lôbo, sabiamente expõe a interpretação do princípio da afetividade no Direito de Família, que:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.⁶²

Logo, no tocante ao afeto Maria Berenice Dias, destaca: “afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família”.⁶³ Dessa forma, o princípio em questão, traz fundamento aos direitos fundamentais do interesse do menor.

Esse princípio engloba a transformação do direito de família, estabelece a importância do afeto, dando sentido ao amor que temos a nossa família, a proteção e aos cuidados básicos que temos que ter, conforme previsto no artigo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).⁶⁴

No âmbito da afetividade, sem pretendermos, claro, esgotar sua aplicação, ressalta-se normas protetivas da criança e do adolescente, que, em inúmeros momentos, tem por base o afeto como orientador comportamental dos pais ou representantes, inclusive no que tange à inserção em família substituta, a Convenção de Cooperação Internacional e Proteção da Criança e Adolescente na adoção internacional, prevê:

Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão. Recordando que cada país deve tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança na sua família de origem. Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente a uma criança que não encontra uma família conveniente no seu Estado de origem. Convencidos da necessidade de adotar medidas para garantir que as ações internacionais devem ser feitas no interesse superior da criança e no respeito dos seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças. Desejando, para esse efeito, estabelecer disposições comuns que tomem em consideração os princípios consagrados em instrumentos internacionais, em particular na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989, e na Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e Bem-Estar das Crianças, com Especial Referência à Adoção e Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução da Assembléia Geral 41/85, de 3 de Dezembro de 1986).⁶⁵

Nesse entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) 1990, com alterações promovidas pela Lei de Adoção nº. 12.010, de 3 de agosto de 2009, no disposto do artigo 28⁶⁶ posiciona demonstrando a questão do afeto e principalmente na situação da criança crescer em um ambiente saudável e harmonioso.

Deste modo, nítida a evolução legislativa, que também rege sobre afetividade e os interesses da criança no Código Civil⁶⁷, assim no que tange sobre abandono afetivo, a guarda, abandono afetivo, vêm respaldos os direitos os filhos.

Insta, destacar que, uma das consequências do abandono afetivo é a responsabilidade civil por danos morais, assim a jurisprudência vem admitindo a reparação ao filho, na tentativa de inibir o abandono afetivo.

Não obstante, sabiamente Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho evidenciam e expressa à interpretação sobre a responsabilidade civil por dano moral decorrente de abandono afetivo:

Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.⁶⁸

Em suma, inúmeras são as aplicações do princípio da afetividade, podendo influir até mesmo na investigação de paternidade. Enfim, sendo de extrema relevância para no dever do Estado de intervir para garantir o afeto, tendo este, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, para assim minimizar o abandono afetivo.

2.4.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE FILIAÇÃO

A constituição, ao criou o regime democrático, concedendo a igualdade e a liberdade e uma notável atenção no âmbito familiar. Nesse sentido, o princípio da igualdade de filiação vem previsto no artigo 227, §6⁶⁹ da Constituição Federal 1988, e reconhece os filhos como vínculos biológicos, socioafetivos igualdades entre eles.

Nesse contexto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho expõem a aplicabilidade desse princípio no código civil:

Na vereda do art. 227, § 6.º da CF, o Código Civil estabelece, em caráter absoluto e inafastável, a igualdade entre os filhos, não admitindo, sob nenhum argumento ou pretexto, qualquer forma espúria de discriminação: "Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".⁷⁰

Logo, aquela característica do sistema anterior oriundo dos primórdios no Direito de Família, sobre não reconhecimento de filhos fora do casamento, nomeando-os de bastardos, considerando-os ilegítimos, no entanto, hoje não há aplicabilidade ou distinção de filhos, por força do princípio da igualdade de filiação.

Deste modo, o princípio da igualdade de filiação foi consagrado pela Carta Magna Brasileira. E a família gerada pelo matrimônio, pela união estável, pela homoafetividade, pela adoção e pela socioafetividade, quando em seu artigo 226, §4º⁷¹ estatuiu que: "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por seus pais e seus descendentes".

A esse propósito, Paulo Lôbo, faz menção que no código civil:

O enunciado do art. 1.596 do Código Civil de que os filhos de origem biológica e não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações, que reproduz norma equivalente da Constituição Federal, é, ao lado da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, e da liberdade de constituição de entidade familiar, uma das mais importantes e radicais modificações havidas no direito de família brasileiro, após 1988.⁷²

Com o provimento n.º 63 de 14 de novembro de 2017, onde foi reconhecido de fato que o cartório tem permissão para a inclusão do nome do padrasto ou madrasta na certidão de nascimento e conseqüentemente nos demais documentos, consistir em um grande avanço no direito de família reconhece a relação sócia afetiva na documentação. Insta, que prevê o provimento a seguir:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.⁷³

Destarte, o princípio da igualdade de filiação é importante salientar que o Direito Brasileiro reconhece, de maneira expressa, os tipos de parentesco sendo eles: consanguíneo, civil, e o decorrente da afinidade.

2.4.4. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança expresso doutrinariamente, e rege sobre a tutela dos interesses da criança e adolescente como prioridade, regulamentado no artigo 227 da Carta Magna e previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ora, a sociedade ao longo dos anos mudou vários costumes e valores, mas no que tange o Direito de Família uma evolução extrema no decorrer da história, assim como a valoração dos direitos de família fundamentais com base nos princípios constitucionais e anseio a afetividade, conforme demonstrados anteriormente. Contudo, faz-se necessário a compreensão do poder familiar e os tipos de guardas disposto no ordenamento jurídico brasileiro, visando o princípio de melhor interesse da criança e adolescente.

Na ótica civil, “*o best interest of the child*”, ou “melhor interesse da criança”, tem origem na Convenção Internacional da Haia, que normatizou o sequestro internacional de crianças, questão essa que é de competência da Justiça Federal”.⁷⁴ Logo, esse princípio encontra-se positivado no artigo 1.584 do CC.

Com a orientação desse princípio o legislador, averigua a primazia nas necessidades da criança ao interpretar a lei, pois ampara e protege os interesses da criança, a fim proporcionar um caminho saudável. Isso significa, portanto, o poder/dever do genitor em participar no desenvolvimento do filho, na educação, com intuito de promover o melhor para os filhos.

Por sua vez, Paulo Lôbo, a respeito do princípio do melhor interesse da criança e adolescente, mais efetivamente explica:

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança — deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já a autoridade parental ou poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.⁷⁵

Nessa perspectiva, ora o princípio citado, proporciona interpretação com respaldo constitucional que proporciona inibir diversos prejuízos à criança e adolescente, como exemplo, a alienação parental, qual é objeto de estudo do trabalho.

A guarda compartilhada é de regra a forma de inibir a alienação parental, entretanto, visto a impossibilidade pela alienação ou até mesmo a discordância dos genitores intitula-se a guarda unilateral.

Nesse contexto, faz-se relevante mencionar nesse momento, a disposição do entendimento da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou a guarda compartilhada para a mães visando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, logo evidenciado pelo Instituto Brasileiro de Família, conforme abaixo:

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ negou o pedido de guarda compartilhada da filha feito por uma mãe. Em votação unânime na última terça-feira (12), a corte ponderou que esse tipo de custódia não deve prevalecer quando for negativa para a criança ou lhe seja, inclusive, penosa ou arriscada. A criança ficará sob custódia unilateral do pai. [...] Já o Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP proveu parcialmente a apelação do pai, reformando a sentença com relação à guarda compartilhada. O genitor passou a ser guardião unilateral da criança, sob o argumento de que “diante do princípio do maior interesse da criança que deve ser preservado e que, no presente caso, por ora, se inclina para a manutenção da criança com o pai”. A convivência da mãe foi mantida como determinado na origem.⁷⁶

Nesta vertente, portanto a predominância da doutrina nítida em aplicar o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, de modo a garantir um ambiente saudável para desenvolvimento da prole. Não obstante, Paulo Lôbo, elucida que:

O princípio do melhor interesse ilumina a investigação das paternidades e filiações socioafetivas. A criança é o protagonista principal, na atualidade. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.⁷⁷

Em suma, faz-se necessário à interpretação desse princípio diante da separação ou divórcio, para tratamentos específicos ao tratar a filiação ao dispor sobre guarda, assim atrelando outros aspectos que podem influenciar na análise do comportamento, personalidade e temperamento após a separação. Com análise de princípio, evitar que cause prejuízo à filiação.

3. O PODER FAMILIAR E OS TIPOS DE GUARDAS

Para a compreensão dos tipos de guardas no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se menção a evolução do conceito de família, as mudanças no Direito de Família e observar seus princípios basilares, que proporcionaram uma nova concepção no poder familiar.

Logo, o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais para cuidarem dos filhos menores, incluindo o dever de assistência, amparo, sustento e nortear a formação da personalidade dos filhos. Em outras palavras, "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".⁷⁸

3.1. PODER FAMILIAR

As entidades familiares na antiguidade possuíam a figura do pátrio poder, que normalmente representado pelo homem, que tinha plenos poderes sobre os filhos, enquanto a mulher era submissa e não tinha voz. Logo, a terminologia Poder Familiar advém do pátrio poder, este, que instituído no período do direito romano, e mesmo com os avanços sociais interferiu no seio familiar, mantendo ainda o controle patriarcal.

Antes somente o pai possuía o “poder familiar” para controlar toda a família, nos dias atuais o poder familiar é dividido entre os genitores, conforme nos posiciona José Antônio de Paula Santos Neto:

É o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.⁷⁹

Entretanto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, positivou os dispositivos fundamentais da isonomia entre homem e mulher, conforme artigo 5º, inciso I, CF80, assegurando a

aplicabilidade do princípio da igualdade. Deste modo, com iguais direitos e deveres na sociedade conjugal, estabelecendo uma nova visão de família, conforme dispõe artigo 226, §5, CF⁸¹.

Posteriormente, implementou-se a substituição do Poder Pátrio para Poder Familiar, advindo da Constituição Federal, sendo recepcionada pelo código civil de 1916, código civil de 2002 e, em seguida, o Código de Processo Civil 2015. Contudo, “com a igualdade de direitos entre homem e mulher, não se usa mais a expressão “pátrio poder”, mas sim “poder familiar”⁸².

Pois bem, nos termos do vigente Código Civil, o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão pátria poder, totalmente superada pela despatriarcalização do Direito de Família, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado.⁸³

Nessa vertente, com a disposição o Estatuto da Criança e do Adolescente, ampliou-se a proteção com o surgimento de princípios fundamentais para proteção dos direitos e evidenciar o dever das pessoas ou ente responsáveis pelas as crianças e adolescentes, garantindo ao infante um eixo familiar.

Ora, “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres dos pais com relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, para que os pais possam exercer o que a lei lhes determina para agir no interesse dos filhos”.⁸⁴ Haja vista que, “o poder familiar subsiste enquanto os filhos forem menores, pelo simples fato de serem filhos”.⁸⁵

Para tanto, o poder familiar é exercido igualmente entre os genitores, visando à proteção dos filhos, e na falta, atribui a quem permita ter melhores condições, de forma harmônica para um desenvolvimento saudável.

Não obstante, portanto, segundo Flávio Tartuce, o Poder Familiar: “conceituado como o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.⁸⁶

Nessa vertente, faz constar ainda, nas sabias palavras de Maria Berenice Dias, “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva.”⁸⁷

Neste instante, é importante esclarecer que o poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores, devendo assim sempre proteger o bem estar físico e psicológico da criança ou adolescente e quando ocorre à separação dos genitores, a responsabilidade continua a mesma, sendo previsto nos artigos 1.630 a 1.634 do Código Civil.⁸⁸

As obrigações que dele fluem são personalíssimas, pois como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.⁸⁹

Como efeito disso, o poder familiar representa função da família, dessa forma, os pais exercem conjuntamente o poder de comando, guarda e a proteção dos filhos. Logo, o Estatuto da Criança e Adolescente prevê que o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar configura infração, *in verbis*:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.⁹⁰

Destarte, interessa observar que aos genitores confere mais deveres que direitos, pois tem a responsabilidade na obrigação de dar educação, afeto, dentre outros, o essencial garantir o infante o mínimo para uma vida digna. Por sua vez, no que tange a dissolução do relacionamento conjugal, Carlos Roberto Gonçalves, dispõe que:

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica com um deles (CC, art. 1.632), assegurando-se ao outro o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação por parte do primeiro.⁹¹

Assim, o genitor que contrair um novo casamento ou uma união estável não perde o poder familiar da prole, entretanto, é válido esclarecer que o novo conjugue não participa do mesmo poder familiar em relação à criança.

Entretanto, o exercício poder familiar poderá sofrer a destituição ou perda, ocorrendo de três formas distintas reguladas pelo Código Civil, tais como a extinção, a suspensão e a perda.⁹²

Todavia, acerca da extinção, o código civil rege sobre as hipóteses de extinção expresso no artigo 1.635, conforme *in verbis*: “extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.⁹³

Nesse contexto, Rolf Madaleno, explica:

Mas nem todas as causas de suspensão, mesmo quando reiteradamente violadas, são de molde a importar na implacável extinção do poder familiar (CC, art. 1.635, inc. V, c/c art. 1.638, inc. IV), porque em algumas delas a medida se

apresentaria desproporcional, diante do grave efeito representado pela perda do poder parental.⁵¹ Nem sempre o abuso da autoridade representará falta grave, a ser cominada com a pena máxima da extinção do vínculo, pois pode o genitor não manifestar interesse, por exemplo, na custódia do filho, mas lhe alcançar a adequada provisão material, não devendo por isso ser inibido do “pátrio poder”, notadamente quando a pauta de decisão judicial considera o primado do melhor interesse do menor.⁹⁴

Desta senda, a perda do poder familiar ocorre para punir os pais pela infringência dos deveres em relação aos filhos, sendo averbada à margem do assento de nascimento da criança ou adolescente a sentença que decretar a perda ou suspensão do poder familiar.⁹⁵

Dessa maneira, faz-se mister a abordagem ilustre Caio Mário da Silva Pereira, que expressa: “cabe sempre lembrar que a destituição deve ser através de procedimento contraditório (art. 24, ECA/96) atendendo os trâmites pertinentes indicados nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente”.⁹⁷

Destarte, além da extinção do exercício do Poder Familiar descrita, cabe à suspensão, prevista no artigo 1.637, do Código Civil.⁹⁸ Que visa sempre à proteção da criança e do adolescente, sendo decretada quando for identificado o descumprimento injustificado dos deveres e obrigações dos genitores. Deste modo, “nas hipóteses de abuso de autoridade do pai, ou da mãe, faltando-os aos deveres inerentes ao seu ofício parental ou arruinando os bens dos filhos”⁹⁹.

Sabidamente, Maria Berenice Dias, explica:

A suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade (CC 1.637): faltar aos deveres de sustento, guarda e educação ou arruinar os bens dos filhos. Compete aos pais assegurar-lhes (CF 227): vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de não poder submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁰⁰

Sob essa vertente, a perda ou destituição do Poder Familiar vem estabelecida nas hipóteses do artigo 1.638¹⁰¹, do Código Civil, em que perderá o poder se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos.

Em suma, haja vista a prévia compreensão sobre dimensão do Poder Familiar no ordenamento jurídico brasileiro, para tal, exposto o entendimento doutrinário voltado aos direitos de família advindos ao longo dos anos até contemporaneidade. Faz-se relevante nesse momento a elencar e analisar os tipos de guardas previstos no direito brasileiro.

3.2. DOS TIPOS DE GUARDA

O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta os tipos de guarda da prole, advindo união conjugal que se findou. Conferindo as medidas judiciais legais para atender o melhor interesse da criança e do adolescente, inclusive aplicando os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assim como, educação, assistência moral, material e lar. Sendo esta, convencionada nos artigos 1.583 aa 1.590 do código civil, que rege no capítulo XI sobre a proteção das pessoas dos filhos.

Logo, o critério norteador para definir a guarda é a vontade dos genitores. No entanto, a guarda não necessariamente ficará com o pai ou a mãe, poderá ser deferida a pessoa terceira. Ora, faz-se relevante abarcar os tipos de guarda, bem como suas diferenças, conforme se segue.

3.2.1. GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral vem definida no artigo 1.583, §1º,¹⁰² do código civil, sendo atribuída a um só dos genitores ou a outra pessoa substituta. Assim, “a unilateral, também chamada de exclusiva, era até então dominante no direito brasileiro, diz respeito à atribuição, a um só genitor, dos cuidados diretos e da custódia do filho”.¹⁰³

Seguindo esse entendimento, ressalta-se sobre dispositivo citado, § 1.º do art. 1.583 que: “define a guarda unilateral como sendo a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Esses diplomas não sofreram qualquer alteração com a nova modificação legislativa, pela Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/2014)”.¹⁰⁴

Entretanto, estabeleceu o § 2.º do art. 1.583, que a referida guarda unilateral seria atribuída ao genitor que demonstrasse as melhores condições para instituí-la, todavia, instituiu critérios. “Fica afastada, assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros”¹⁰⁵.

Nesse sentido, nas palavras de Christiano Cassettari, tais critérios esses que influenciará no estabelecimento da guarda:

A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: a) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; b) saúde e segurança; c) educação. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.¹⁰⁶

Ademais, apesar de tais requisitos, a partir das alterações advindas da Lei 13.058/2014, objetivamente ambos os genitores passam a ter o poder familiar, sendo aplicada a guarda compartilhada

implementada pela lei citada, como regra. Porém, poderá se estabelecida a guarda unilateral em casos específicos em que juiz, verificar viável estabelecer a guarda unilateral da criança ou adolescente, diante da aplicação do princípio fundamental do direito de família, melhor interesse da prole.

Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves evidencia a interpretação acerca do art. 1.583, §3º, do código civil, que:

Oportuno o destaque dado no § 3º do art. 1.583 à regra de que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”. Estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado “abandono moral”. O dispositivo não o responsabiliza civilmente, todavia, pelos danos causados a terceiros pelo filho menor.¹⁰⁷

Deste modo, o código civil de 2002 prevê a possibilidade da modalidade de guarda unilateral como escolha secundária, tendo como regra a guarda compartilhada.

Complementando sobre o assunto Paulo Lôbo, defini:

Guarda unilateral ou guarda exclusiva, que era a regra no direito anterior, ficou restrita às seguintes hipóteses: (1) quando um dos genitores não desejar a guarda do filho; ou (2) em atenção a necessidades específicas do filho; ou (3) quando o juiz se convencer que ambos os pais não oferecem condições morais ou psicológicas para terem o filho consigo. Nesta última hipótese, o juiz deferirá a guarda a terceira pessoa, considerando grau de parentesco e relações de afinidade e afetividade com a criança ou o adolescente. ¹⁰⁸

Aliás, a guarda unilateral era consequência que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa pela separação. A guarda era atribuída ao que comprovasse ser inocente, ainda que não fosse o que preenchesse as melhores condições para exercê-la.¹⁰⁹ Ou seja, antes da Guarda Compartilhada 13.058/2014, a guarda unilateral era conferida ao genitor que reunisse melhores condições para efetua-la.

Logo, a guarda unilateral afasta o laço de paternidade da prole com não guardião, pois este é estipulado os dias de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isto ocorre previamente por dia marcado e ainda, o guardião geralmente impõe regras.¹¹⁰

Entretanto, conforme pensamento de Paulo Lôbo:

Com o advento do princípio do superior interesse da criança ou da prioridade absoluta desta, tutelado na Constituição, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no ECA, pouco importa a culpa para efeito da guarda do filho. O Código Civil, nessa linha evolutiva, extirpou de vez a injusta relação entre direito à convivência e culpa pela separação, revogando a norma contida

no art. 10 da Lei n. 6.515/77¹¹¹, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial.¹¹²

Nesta modalidade, não significa que o genitor que não possua a guarda, não poder visitar ou mesmo cuidar da criança, pois não só pode como deve. No entanto, poderá ser aplicada a guarda unilateral quando um dos genitores informar desinteresse em compartilhar a guarda da criança, abrindo assim mão da guarda para o outro genitor. Assim, o magistrado analisará tal motivo, visando o melhor interesse da criança para então decidir, ocasionando menos prejuízos às relações familiares.

Em suma, portanto, atualmente em regra aplica-se a guarda compartilhada, entretanto os tribunais têm entendido a mudança guarda unilateral, para que assim seja uma forma a interromper a alienação, como será demonstrado próximo tópico.

3.2.2. GUARDA ALTERNADA

Nesta modalidade a guarda é exercida alternadamente entre os genitores, assim os genitores deverão tomar decisões, tendo direito à companhia do menor de forma alterada, ou seja, haverá alternância entre os genitores no exercício exclusivo da guarda e de responsabilidade.

Nesse contexto, sobre o prisma do interesse do infante, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, explicam a guarda alternada:

Modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1.º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados; de 1.º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos¹¹³;

Para um melhor entendimento, quando a criança estiver com o pai, todas as decisões tomadas são de exclusiva responsabilidade do pai, assim como quando estiver com a mãe, todas as decisões tomadas são de exclusiva responsabilidade da mãe, cabendo direito de visita o não guardião nesse período.

Ônus dessa guarda configura-se pelo rompimento de rotina do infante, bem como a repetição na separação e nova aproximação, o que poderá ocasionar dificuldades no desenvolvimento da prole, tanto dificuldades relacionadas à responsabilidade ou emocional.

Entrementes, estabelecida segunda modalidade de guarda compartilhada, que pode ser doutrinariamente denominada de guarda compartilhada física e pela qual o tempo de convívio com

os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (CC, art. 1.583, § 2º).¹¹⁴

Logo, esta modalidade de compartilhar guarda “[...] é a consagração da guarda alternada e sua viabilidade precisa ser casuisticamente examinada, não havendo como se tornar regra geral, até porque sua indistinta aplicação não é solução incontestável para a eliminação da alienação parental”.¹¹⁵

Na modalidade alternada, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ainda elucida sobre a interpretação expressa no texto de lei, aborda então:

A leitura do já transcrito § 2.º do art. 1.583 do vigente Código Civil permite constatar tal confusão ao preceituar que, 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”. Divisão predeterminada de tempo é próprio de guarda dividida ou alternada. Na guarda compartilhada, não deve haver divisão, mas coexistência.¹¹⁶;

Sabidamente, Waldyr Grisard Filho citado por, Cristiano Cassettari, explica o motivo do repúdio acerca do modelo de guarda alternada, ora:

Neste modelo, tanto a guarda jurídica quanto a material são atribuídas a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos e deveres que integram o poder parental. Essa modalidade é repudiada pela doutrina e pela jurisprudência, pois a criança perde a referência, já que não terá um lar fixo.¹¹⁷

Neste prisma, é notória que a doutrina não considera viável essa modalidade de guarda, por considerar que esse tipo de guarda pode provocar visão confusa à criança, quando seus genitores não conseguem ter uma convivência de forma saudável para ambas às partes, ocorrendo divergência na educação, moral ou religião.

3.2.3. GUARDA NIDAL

A modalidade de guarda nidal, também chamada de guarda ninho, aninhamento ou nidação, sendo considerada como rara, tem por característica os genitores possuírem cada uma sua própria residência diferente da residência dos filhos.

Diante do exposto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, fazem menção:

nidação ou aninhamento — espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram. Haja disposição econômica para tanto.¹¹⁸

A vantagem dessa modalidade é que a criança não precisará alternar entre residências paterna e materna, pois a residência será fixa para eles. Contudo o custo e dinâmica para manter toda essa situação é um tanto quanto alto, mas se ambos os genitores tiverem condições financeiras e solicitar tal modalidade, o juiz poderá homologar a fixação da guarda nidal.

Não obstante, nas palavras de Waldyr Grisard Filho citado por Christiano Cassettari “que neste modelo são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados de tempo. Essa modalidade é inviável pelos altos custos que impõe para a sua manutenção, pois, além dos pais, os filhos têm a sua própria casa”.¹¹⁹

Ora, ainda não temos previsão expressa na legislação brasileira quanto a esta modalidade de guarda, contudo é reconhecida pela doutrina, assim colocam como uma espécie de subespécie da guarda compartilhada, também conhecida conjunta.

Há então, uma modalidade de guarda compartilhada que, além de perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de aninhamento. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece, tendo como requisito, há necessidade da manutenção de três residências.¹²⁰

Apesar da situação de os genitores terem que manter três casas, entende-se que se chegaram a essa negociação, existe evolução no comportamento dos pais e que eles colocaram as necessidades e interesses dos filhos acima de qualquer outro.

Partindo dessa premissa, há se especificar a modalidade de guarda criada afim de inibir a Alienação Parental, ressalta-se, portanto, que mesmo após a vigência da Lei da Guarda Compartilhada conferem ainda a incidência de Alienação Parental.

3.2.4. GUARDA COMPARTILHADA

O modelo de guarda compartilhada ocorre quando após a dissolução da união conjugal é estabelecida aos genitores à guarda para ambos, assim como responsabilidade pelo infante, que possibilidade conjuntamente tomar decisões relevantes para interesse da criação, perfazendo a autoridade de ambos os genitores.

Essa modalidade de guarda foi recentemente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei n.º 11.698/2008¹²¹ e Lei n.º 13.058/2014¹²², que instituiu, disciplinou e estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação das responsabilidades dos genitores no cenário do direito de família.

Sua previsão vem estabelecida no art. 1.583, do código civil,¹²³ refere-se às responsabilidades e cuidados com o filho após a dissolução da relação conjugal, evitando sobrecarregar apenas um genitor, além de minimizar o impacto psicológico na criança.

Deste modo, sabiamente Patrícia Pimentel De Oliveira Chamber Ramos, explica sobre a previsão estabelecida no código civil:

Na definição do nosso Código Civil, a guarda compartilhada significa 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 (art. 1.583), de modo que o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre mãe e pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (§ 2º). Na definição de guarda compartilhada, encontram-se dois conceitos: a guarda jurídica compartilhada e a guarda física compartilhada.¹²⁴

Insta esclarecer nesse momento, que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, pois na primeira “a guarda jurídica quanto a material são atribuídas a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais”¹²⁵, enquanto no último tipo de guarda citada, ou seja, na alternada, os genitores “no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos e deveres que integram o poder parental”¹²⁶.

Isso significa, que na guarda alternada, o genitor fica de posse da criança, por um tempo previamente estabelecido, nesse período irá exercer de forma exclusiva sobre seus direitos e deveres sobre o menor, ou seja, ocorrerá nesse período a transferência total da responsabilidade em relação do infante. Isto posto, ressalta-se que na guarda compartilhada as decisões são concretizadas de forma conjunta entre ambos os genitores.

Nessa sequência, o legislador resumiu que a guarda compartilhada por considerar ser o instrumento jurídico que melhor permite garantir e atender aos interesses da criança.

Seguindo o raciocínio, Paulo Lôbo, explana que:

À guarda compartilhada, que é obrigatória por lei, entre os pais, salvo se se ficar demonstrada em decisão judicial motivada que a guarda individual, ante as circunstâncias especiais, é a mais recomendável por força do melhor interesse do filho. Essa regra é aplicável tanto para situação comum do casal de pais, quanto para a de multiparentalidade (mais de dois pais), até porque não há hierarquia entre eles. A guarda compartilhada é compatível com a preferência da moradia que o filho tem como referência para suas relações sociais e afetivas. No exemplo comum, de filho que sempre viveu com seus pais socioafetivos, a moradia deste é preferencial. O conflito deve ser arbitrado pelo juiz, de modo que assegure o contato do filho com seus pais socioafetivos e biológicos, e com os parentes de cada linhagem, especialmente os avós.¹²⁷

Nesse viés, percebe-se que a interpretação sobre a guarda compartilhada está relacionada em suprir as falhas dos outros tipos de guarda, mas também permitiu uma relação de igualdade entre os genitores.

Com acuidade Maria Berenice Dias explana que:

Claramente a preferência é pela guarda compartilhada. Tanto é assim que, na audiência, deve o juiz informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada (CC 1.584 § 1.º). E, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, é aplicada a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2.º). A cessação do vínculo de convivência dos pais não altera as relações deles com os filhos (CC 1.632). Compete a ambos o pleno exercício do poder familiar. Ainda que a guarda seja unilateral o não guardião pode ter os filhos em sua companhia, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz. Igualmente tem ele o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem legitimidade para solicitar informações e até 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 (CC 1.583 § 5.º).¹²⁸

Neste sentido, a divisão de tarefas, responsabilidades e a participação laser de ambos os genitores, representa uma forma de manter os laços afetivos com os pais, sendo essencial no seu desenvolvimento e formação do infante. Assim, os genitores preservam o poder familiar mesmo em residências separadas.

Logo, hoje com a guarda compartilhada o pai também se faz presente na vida do infante, ajudando em todos os momentos possíveis, bem como na escola, levar ao futebol, entre outras atividades, fazendo com que não surja magoas com o fim de um relacionamento.

Sobre a definição da relação dos genitores e a responsabilidades, Maria Berenice Dias nos posiciona da seguinte forma:

Agora a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º). Sua aplicabilidade exige dos pais um desarmamento total, uma superação de mágoas e frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos.¹²⁹

Entende-se que manter o bom relacionamento entre os genitores é primordial para que consigam juntos educar, garantindo assim a integridade física e psicológica e a segurança do menor. É claro que cada caso deve ser analisado de forma isolada, entretanto deve ser considerada a guarda compartilhada, a fim de evitar o afastamento de um dos genitores e até mesmo como uma tentativa para inibir a alienação parental.

Entretanto, no que tange a guarda compartilhada mesmo diante de diversos fatores positivo para a criança, existem hipóteses que há a necessidade de aplicação da guarda unilateral. Ora, nesse contexto, segundo Paulo Lôbo, citado por Suely Leite Viana Van Dal e Daniela Turcinovic Bondezan, ressalta-se que:

Todavia, mesmo sendo a guarda compartilhada obrigatória, existem três hipóteses em que caberá a guarda unilateral, seja quando um dos pais expor que não quer a guarda do filho, devido alguma necessidade específica e que não será capaz de exercer o poder familiar, e por fim, quando restar demonstrado que ambos não são capazes de exercer a guarda, em que poderá ser deferida unilateralmente a algum familiar.¹³⁰

Nesse entendimento, embora a guarda compartilhada não consiga sanar os conflitos entre ex-cônjuges, minimiza, pois os pais tem chegar ao consenso para melhor decisão para beneficiar o desenvolvimento da criança.

Logo, esse tipo de guarda foi incluído no nosso ordenamento jurídico com a intenção de inibir a alienação parental, devido a maior à proximidade de ambos os genitores após a dissolução da união.

No entanto, embora não ser a guarda compartilhada um eliminador da alienação parental, como também não resolve todos os problemas na seara familiar. Tendo em vista que, a alienação parental não se resume exclusivamente na guarda ou afastamento da criança com do convívio com um dos genitores.

Nesse seguimento, com a entrada em vigor da Lei 13.058/2014, mesmo que sua preferência seja pela aplicabilidade em todos os casos de guarda, isso não será sempre possível. Visto que, o direito de família tem como objetivo maior o melhor interesse da criança, logo, caberá ao magistrado verificar se a guarda compartilhada será prejudicial, e pela própria previsão legal que, em casos excepcionais poderá ser aplicada a guarda unilateral, disposto no artigo 1.584, § 2º do Código Civil.¹³¹

Antes exposto, verifica-se que a guarda compartilhada proporciona uma melhor relação afetiva com os genitores, bem como agrega maior responsabilidade entre os pais. No entanto, mister a análise de cada caso concreto, " com estudos realizados por profissionais da área e qualificados no desempenho de proteger o infante das adversidades da distância de um dos genitores ou a convivência desastrosa de seus pais em discórdias e desavenças".¹³²

Não obstante, no quarto tópico elucidará sobre a alienação parental e seus reflexos jurídica, demonstrando o conceito e diferença entre a síndrome e alienação parental, o instrumento jurídico aplicado para inibir a alienação parental, citando medidas aplicáveis ao alienador, assim como, a hipótese de aplicação da guarda unilateral conforme previsões e entendimento doutrinário e jurisprudencial.

4. ALIENAÇÃO PARENTALE REFLEXOS JURÍDICOS

A evolução do Direito de Família segue o caminho natural que acompanha as mudanças e progressos sociais. Com o desenvolvimento no âmbito familiar, desse modo surgem situações que não "eram observadas e começaram a aflorar no seio da sociedade"¹³³. Logo, com as alterações na estrutura familiar, a diminuição da preeminência do homem, e a predominância da afetividade, iniciaram-se conflitos pela guarda dos infantes.

Conflitos este, que intensificam após separação conturbada ou por não aceitação dessa da dissolução da união. Com isso, estimulado pela vingança, um dos genitores começa a denegrir a imagem do outro genitor junto à criança ou adolescente, ato este, conhecido por Alienação Parental, podendo tornar-se recorrente ocasionando a síndrome da alienação parental.

4.1. ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E REFLEXOS DA LEI N.º 12.318/10.

Com a dissolução de união conjugal conturbada, consequentemente divisão da família, proporcionam atitudes que podem acarretar a Alienação Parental, que trás consequências negativas no desenvolvimento da criança, em especial a estabilidade instabilidade emocional e psicossocial. Logo, provocando o desenvolver da Síndrome da Alienação Parental, que em alguns casos causam transtornos irreversíveis, quando não identificados e tratados.

Não obstante, o conceito de alienação parental é estabelecido pelo ato de um dos genitores ou até mesmos os avós, denegrir a imagem ou vincular fatos e ocasiões para colocar a criança contra o outro genitor não guardião, conforme a Lei 12.318/2010 prevê:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.¹³⁴

Não obstante, “a Alienação Parental, portanto, é um processo de programação de uma criança ou adolescente para que odeie um de seus genitores, sem justificativa, configurando-se em ato antiético, que fere frontalmente o dever de cuidado.”¹³⁵

Oportuno salientar nesse momento, além de evidenciar essa conduta no *caput* do art. 2º, declinou sobre um rol com formas exemplificativas de atos que configuram de alienação parental, dispondo no parágrafo único em sete incisos do referido artigo. Verifica-se, portanto:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade. II – dificultar o exercício da autoridade parental; III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.¹³⁶

Essa conduta, pode ocorrer por motivos diversos, como vingança, ciúmes, um sentimento de injustiça, inveja, sentimento possessivo, a não aceitação do fim da união, assim, “o autor da prática é chamado genitor alienante e o outro ascendente, genitor alienado”¹³⁷.

Neste sentido, a alienação parental é descrita como a forma de um genitor manipular a criança, na tentativa de romper os laços afetivos com o outro genitor, utilizando da prole como um instrumento para afetar o ex-cônjuge.

Ante ao exposto, sabiamente Álvaro Villaça Azevedo, explana seu posicionamento “nesse ponto, a lei mostra aspectos negativos que produzem a alienação parental, utilizando-se, principalmente, de expressões “dificultar”, “omitir”, falsear, “obstar” e “mudar”, mostrando o caráter doloso da atuação infratora”.¹³⁸

Nesse viés, a relevância da matéria é extrema, pois pode provocar entre a prole e o genitor alienado uma grande frustração, ocasionando ainda, um dano insuperável na relação efetivada entre pais e

filhos. Ressalto que, mesmo com a comprovação de não haver ou haver alienação parental, provoca a criança constrangimento, culpa por fazer uma incorreta interpretação dos fatos por indução de um dos genitores, além dos danos psicológicos.

Nesse sentido, faz-se relevante mencionar a visão Carla Alonso Barreiro Nunez, ao dispor que:

O fato é tão grave que muitas vezes o alienante, ao implantar as falsas memórias, já não mais distingue o que é mentira e verdade, passando a acreditar nas suas versões fantasiosas como se fosse realidade. Consequentemente, a criança ou adolescente que está sob sua custódia, também, terão dificuldades de diferenciar o fato da versão.¹³⁹

Nesse mesmo contexto, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno, sobre a conduta do alienador nos demonstram que:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação.¹⁴⁰

Nesse viés, para a compreensão do impacto da Alienação Parental é necessário, ir além da explanação e conceituação, por isso, com acuidade, Maria Berenice Dias explica:

O filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar um dos genitores. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e que também a ama. Este fenômeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher seria mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos. O alienador também pode ser o pai, em relação à mãe ou ao seu companheiro.¹⁴¹

Logo, “a prática da alienação parental afronta os princípios éticos aplicáveis à relação entre pais e filhos e, ao mesmo tempo, se contrapõe à ordem jurídica *ex vi* do art. 227 da Lei Maior, art. 3º do Estatuto da Criança e Adolescente”.¹⁴² Como também, a violação da Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental.

Vale dizer, que a Constituição Federal prescreve uma relação mínima de direitos fundamentais no âmbito familiar, assegurando o direito fundamental de convivência familiar saudável à criança e adolescente, isto disposto no art. 227, da referida carta magna. Na sequência, positivado na lei de Alienação Parental, *in verbis*:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.¹⁴³

Nessa perspectiva, ora artigo citado, convém ao juiz além das hipóteses de alienação parental reconhecida, uma interpretação extensa, devido à quebra de direito fundamental, por ferir a necessidade de convivência familiar saudável, a quebra no afeto no relacionamento da prole com genitor, descumprindo desta maneira o dever de cuidados e guardas.¹⁴⁴

Deste modo, “a Lei nº 12.318/10, pelo art. 4º, prevê a tramitação prioritária do processo em caso de indício de alienação parental e confere ao juiz o poder de tomar medidas provisórias, a fim de preservar a integridade física ou psicológica da criança ou adolescente”.¹⁴⁵

Nessa vertente, objetivamente visa à ampla proteção da criança e do adolescente, com intuito de evitar que sofra pressões físicas ou psicológicas, que os hostilizem diante seus entes familiares.

Assim, a lei nº. 12.318/2010, além de trazer regras de direito material, apresenta em seu bojo o procedimento a ser adotado em caso de declaração de indício de ato de Alienação Parental, que pode ocorrer em qualquer momento processual.¹⁴⁶

Não obstante, em caso de alienação parental a ação cabível é autônoma ou incidente, tendo ela tramitação prioritária, ouvindo-se o Ministério Público, para restabelecer o bom relacionamento entre os envolvidos, podendo ser realizado laudo pericial para ampla avaliação psicológica, com entrevistas, exame de documentos e de locais.¹⁴⁷

Na sequência, sabiamente Paulo Nader, conforme dispõe o artigo 6º148 da Lei 12.318/10, destaca que:

Configurada a alienação parental e à vista da maior ou menor gravidade da alienação, o juiz poderá impor, cumulativa ou isoladamente, as seguintes medidas: a) advertência ao alienante; b) ampliação do regime de convivência familiar a favor do genitor alienado; c) multa ao genitor alienante; d) acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; e) alteração da guarda, transferindo-a para o genitor alienado ou tornando-a compartilhada; f) fixação, cautelarmente, do domicílio da criança ou adolescente; g) suspensão da autoridade parental.¹⁴⁹

Nesse ponto, portanto, diante dos reflexos jurídicos a Lei da Alienação Parental, Lei 12.318/2010, em seu artigo 7º, regula sobre a guarda visando como norteador o princípio do melhor interesse da criança e adolescente. Tão logo, poderá atribuir ou alterar a guarda, ou seja, a depender do caso concreto, a

guarda compartilhada poderá ser alterada para guarda unilateral, tendendo uma convivência familiar saudável.

4.2. CONCEITO DE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) surge ao lado da Alienação Parental, provindo da inclusão de falsas memórias, que provocam imensos reflexos negativos no desenvolvimento da criança e adolescente, principalmente no âmbito psicológico. Logo, a expressão síndrome da alienação parental “foi cunhada por Richard Gardner, Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, em Nova York, EUA, em 1985”.¹⁵⁰

Nesse sentido, destaca o conceito do criador dessa expressão síndrome da alienação parental, o psiquiatra estadunidense Richard Alan Gardner ora citado por, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que estabelece:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.¹⁵¹

Insta ainda, no esclarecer sobre entendimento desse ilustríssimo psiquiatra, “que não só definiu o que seria o fenômeno em estudo como, também, posteriormente, defendeu a importância de que a alienação parental fosse considerada como transtorno, daí propondo a nomenclatura de Síndrome de Alienação Parental”.¹⁵²

Nesse viés, aduz Christiano Cassettari, exemplificando na prática acerca essa Síndrome de Alienação Parental, evidencia que: “ocorre quando um dos pais tenta alienar a cabeça do filho contra o outro, por exemplo, inventar uma falsa acusação de estupro para conseguir medidas judiciais para afastar o pai do filho”.¹⁵³ Logo, esses ocorrente episódio que induz a com falsas memórias criança, que passa acreditar que ocorreu, provoca um conjunto de sintomas ocorrendo então à síndrome.

Os efeitos nocivos da conduta, além do genitor alienado, alcançam o menor e, dependendo de sua reiteração e maior gravidade, podem gerar neste a síndrome da alienação parental (SAP), quando passa a apresentar distúrbios psíquicos, entre os quais a implantação de falsas memórias, assim denominada por Gardner, quando a criança ou adolescente passa a crer que o genitor alienante é bom e o genitor alienado é mau.¹⁵⁴

Deste modo, ocorre a síndrome da alienação parental quando a criança apresenta sequelas resultantes da alienação parental, causando sequelas irreversíveis em determinados casos. Seja, quando ocorre a falsa memória como exemplo da acusação de abuso sexual, razões as quais é necessário tomar cuidado com tais denúncias.

Entretanto, é claro que não pode descartar as denúncias, mas sim verificar, nessa visão Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno expõe:

No caso da falsa alegação de abuso sexual, o genitor alienante programa falsas memórias na criança e a faz repetir como se realmente tivesse sido vítima do incesto, e dificilmente a criança percebe a manipulação que sofre, e acredita piamente serem verdadeiras as alegações forjadas pelo alienador, sendo que, com o tempo, até mesmo o alienador confunde a verdade da história fictícia. É preciso tomar cuidado nas alegações de abuso, uma vez que um genitor que realmente abusou de seu filho pode se esconder por detrás da SAP, dizendo que a animosidade de seu filho é fruto da campanha de difamação do ex-cônjuge, quando em realidade são fatos reais e graves vindo à tona, não se caracterizando, portanto, como a síndrome.¹⁵⁵

Neste contexto, contudo, a alienação parental caracteriza como os atos provenientes da intensão de distanciar a prole do outro genitor (não guardião), com repetições de expressões que ocasiona a criança dúvidas sobre o afeto do genitor alienado, sendo desencadeado não somente por genitores, também por tios, avós, irmãos, dentre outras pessoas que compõe a entidade familiar da criança.

Ora, a síndrome da alienação parental não se confunde com a alienação parental. Porquanto para Priscila Fonseca, citado por Valeria Silva Galdino Cardin: “a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro. Já a SAP diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento”.¹⁵⁶

Por sua vez, a síndrome da alienação parental são as sequelas emocionais que surgem desse cenário de alienação. Consequentemente, ocasiona transtornos psicológicos, tornando a criança ou adolescente alienado, ansiosos, deprimidas, agressivas, desencadeando depressão crônica, confusão de identidade, dentre diversos reflexos negativos, e ora, não identificado há tempo, as sequelas podem perdurar por toda vida.

Nesse sentido, na Cartilha Alienação Parental Vidas em Preto e Branco elenca os diversos reflexos psicológicos podem ocasionar a alienação parental, conforme dispõe:

Esses conflitos podem aparecer na criança sob a forma de ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza, depressão, hostilidade, desorganização mental, dificuldade escolar, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese (descontrole urinário), transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas; em casos mais extremos, a ideias ou comportamentos suicidas.¹⁵⁷

Não obstante, esse contexto sobre cartilha faz-se oportuno mencionar, que ao relatar o estudo do psiquiatra Gardner foram estabelecidos estágios da síndrome, conforme destacado a seguir:

Gardner descreve três estágios da Síndrome:

- 1) Estágio leve – quando nas visitas há dificuldades no momento da troca dos genitores;
- 2) Estágio moderado – quando o genitor alienante utiliza uma grande variedade de artifícios para excluir o outro;
- 3) Estágio agudo – quando os filhos já se encontram de tal forma manipulados, que a visita do genitor alienado pode causar pânico ou mesmo desespero.¹⁵⁸

Sobretudo, a síndrome traz graves consequências para a criança e adolescente conforme nos posicionam assim Ana Carolina Carpes Madeleno e Rolf Madaleno:

O modo como os pais enfrentam um processo de divórcio ou dissolução de sua união é determinante para verificar a maneira como seus filhos se comportarão no futuro em suas próprias relações pessoais. Se os pais logo retomam a rotina, mais ou menos como antes, por serem maduros o suficiente e terem digerido melhor sua ruptura afetiva, a angústia e ansiedade que os menores sofrem tendem a desaparecer. Já os pais que não superaram seus conflitos ou que iniciam o processo característico da síndrome da alienação parental tendem, por anos a fio, estabelecer péssimas rotinas com seus filhos, que, ao vivenciarem experiências ruins, mudanças imprevisíveis, ambiente instável e interrupções no seu processo normal de desenvolvimento, passam a ter uma visão distorcida do mundo, sendo frequente o medo do abandono – emoção mais fundamental do ser humano – a ansiedade e, em especial, a angústia, que pode gerar diversas fobias na fase adulta.¹⁵⁹

Nesse prisma, superado a gravidade em abordar ao tema, no que tange a guarda, ao juiz caberá como norteador o princípio do convívio familiar, tal como, o melhor interesse da criança ou adolescente, com a intensa ação de evitar estender os danos.

Por fim, é imprescindível que ao perceber indícios de alienação tal como sintomas da síndrome mesmo que no estágio leve, é necessário ajuda para as devidas providências e tratamento, velando ao conhecimento do judiciário para estabelecer medidas para interromper esse comportamento, garantindo seus direitos fundamentais.

Em suma, com embasamento em diversos entendimentos doutrinários e “contrariando o próprio Código Civil, destaquei que nem sempre a implementação da guarda compartilhada pode ser vista

como uma solução para se evitar a alienação parental”,¹⁶⁰ isto por que, a alienação não está totalmente relacionada ao tipo da guarda, pois mesmo com implementação da guarda compartilhada que passou-se a ser regra após a dissolução do casamento, ainda há grande incidência de alienação parental.

4.3. DA FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.

Após a realização de estudos no que concerne ao direito de família e as formas de guarda, passa-se a realizar uma análise jurisprudencial, nos casos de incidência da alienação parental ocorridas mesmo com a aplicação da guarda compartilhada. Sendo utilizado para a realização da análise decisões proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça. Analisando, portanto, aplicação da guarda unilateral nos casos em que ocorre a alienação parental.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a decisão de primeira instância, conforme dispõe a ementa abaixo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO DE GUARDA. TUTELA PROVISÓRIA. ENCARGO UNILATERAL DESIGNADO AO PAI. PRINCÍPIO DO BEM-ESTAR DO MENOR. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois implicam mudanças na rotina de vida e nos referenciais dos menores, o que pode acarretar transtornos de toda ordem. No caso concreto, ainda que a guarda da infante estivesse sendo exercida pela mãe desde o término do relacionamento com o genitor, não há razões plausíveis para que seja reformada a decisão agravada que, revisando a guarda, designou-a unilateralmente ao pai em sede de tutela provisória, atentando para a prova dos autos, que apontam conduta inadequada e censurável da agravante, incompatível com o exercício do encargo, associadas à prática de alienação parental. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.¹⁶¹

A ementa acima refere-se a uma ação de regulamentação de guarda e visita movida pela genitora, que neste caso houve a reversão da guarda para o genitor, o qual conseguiu a guarda unilateral da menor através de uma tutela provisória em virtude da prática de alienação parental da genitora.

Houve acusação de que o genitor tivesse abusado da menor, aonde foi denunciado na escola, que não ficou constatado tal conduta. Foi constatado mediante provas dos autos que evidenciaram a conduta inadequada da genitora devido às práticas da alienação parental.

Em suma, o voto da relatora evidencia a decisão tendo por preservar, com primazia, o melhor interesse do infante. Verifica-se no voto:

Consabido que a guarda é instituto que visa à proteção dos interesses do menor, sendo que no caso de guarda dos filhos, salvo situações em que demonstrado evidente prejuízo aos infantes, é aconselhável mantê-los com quem já a exerce, ainda que provisoriamente, a fim de não promover mudanças na sua vida cotidiana, o que poderia acarretar prejuízos de toda ordem. A criança e o adolescente necessitam de um referencial seguro para viver e se desenvolver e o seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a qualquer interesse outro. Partindo dessas premissas de direito, na esteira da decisão pela qual recebi o presente recurso, adianto, não deve ser provida a insurgência, na medida em que o conjunto probatório confere verossimilhança às alegações tecidas pelo agravado, devendo ser mantida com o genitor a guarda provisória da infante. A ratificação da decisão hostilizada é medida de cautela que deve ser mantida para assegurar o bem-estar físico e emocional da menor, conforme indica estudo social realizado initio litis, até que sobrevenham mais e melhores elementos de prova nos autos, ao longo da instrução.¹⁶²

Nesse entendimento, no julgado citado abaixo refere-se ao acórdão do recurso de apelação cível n.º 70076918309163 proferido Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em abril de 2018.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores. O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a quaisquer interesses outros, sejam dos genitores ou de terceiros. Na hipótese, a forma como procedeu o genitor, em completo desrespeito à própria filha, impedindo o convívio da filha com a mãe, e plantando “falsas memórias” contra a genitora, dão conta da alienação parental praticada pelo genitor. APELO DESPROVIDO.¹⁶⁴

Neste julgado, resta claro a ocorrência da alienação parental, visto que o pai detentor da guarda desde a separação do casal em 2011, e que dificultava a relação de convívio da genitora com a filha.

O genitor alegou que a genitora “maculou sua imagem” fazendo diversas alegações que nunca foram comprovadas, não demonstrando a alienação parental. Em suma, foram apresentadas as contrarrazões pugnando pelo desprovimento da apelação.

No relatório, ficou constatado que houve diversas tentativas de conciliação entre mãe e filha, entretanto todas frustradas, o qual foi constatado pelo oficial de justiça uma agressividade do genitor na primeira visita da genitora.

Dessa forma, ainda sobre recurso de apelação Nº 70076918309, em voto a Corte dispôs:

Cuida-se, como se viu, de Pedido Incidental de Declaração de Ato de Alienação Parental com Aplicação de Medida de Urgência e de Efetividade requerido pelo Órgão Ministerial, pois, em ação de guarda promovida pela genitora da menina Rebeca, tendo em vista os atos praticados pelo genitor, foi constatada a necessidade de seu eventual afastamento, bem como de seu encaminhamento e o da menor a tratamento psicológico.¹⁶⁵

No contexto acima, refere-se aos atos praticados de alienação parental do genitor contra a genitora, onde foi comprovada a necessidade do afastamento do pai, bem como tratamento psicológico da infante.

Sendo assim, o tribunal de justiça deixou claro que, em que pese à impugnação dos fatos, a prática alienadora está demonstrada pela prova pericial realizada. O contexto fático é muito mais amplo do que tais episódios pontuais e a conduta paterna e suas tentativas de romper o vínculo da filha com a mãe após ela ter abandonado o lar conjugal resta inequívoca da leitura dos autos técnicos (em relação aos quais o apelante não logrou êxito em impugnar ou trazer contraposição qualificada).¹⁶⁶

Após a análise do julgado acima, entende-se que ficou clara a prática de alienação do genitor para com a menor, usando-a para se vingar da genitora. Com o propósito de garantir uma melhor qualidade de vida para a menor, a decisão foi entregar a mesma para a genitora e ter acompanhamentos psicológicos e psiquiátricos, a fim de que a mesma tenha o tratamento adequado.

Neste sentido, o acórdão do processo de apelação cível 1003450-56.2016.8.26.0653/SP, realizado em sessão permanente e virtual pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu decisão negaram provimento ao recurso interposto pela genitora contra a decisão de primeira instância que modificou a guarda para o genitor (pai) e regulando as visitadas da mãe.

Devido abuso no exercício da guarda unilateral pela recorrente, pois dificultava, sem justificativa razoável, o exercício do direito de visitas do autor, impedindo a filha de ter o imprescindível contato paterno.

Logo, descaso da recorrente com o ajuste entabulado com o pai da criança e com as determinações judiciais são evidentes. Para preservar o equilíbrio emocional da infante e possibilitar seu amadurecimento saudável, não se mostra prudente restituí-la ao lar materno.¹⁶⁷ Conforme ementa do julgado em questão:

EMENTA: AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. Pretensão do pai em reverter a guarda da filha a seu favor. Procedência. Provas que demonstram sinais de abuso no exercício da guarda por parte da genitora, que descumpriu sistematicamente o acordo entabulado com o ex-companheiro, além das determinações judiciais, dificultando o exercício do direito de visitas do autor. Estudo psicológico, ademais, apontou que a mãe apresenta debilidade estrutural da personalidade, o que pode afetar o desenvolvimento emocional da criança. Guarda compartilhada. Inviabilidade na hipótese. Situação de litígio entre os genitores a impedir a sua aplicação. Sentença mantida.¹⁶⁸

A genitora tentou reverter à decisão a seu favor para que a guarda da menor continuasse com a mesma, entretanto, visto as práticas de alienação parental, entende-se que a luz do artigo 1.583, §2169 do código civil, o genitor possui melhor condições para cuidar da menor.

Em suma, ainda sobre a apelação é relevante citar a fundamentação do voto do acórdão que manteve a sentença evidenciando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Verifica-se pelo entendimento abaixo:

Como se sabe, a fixação da guarda deve atender ao melhor interesse da criança, princípio que encontra fundamento no reconhecimento da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento atribuída à infância e juventude. Referido princípio “representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado com absoluta justiça, ainda que tardiamente a sujeito de direito, ou seja, à pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa”.¹⁷⁰

Nesse mesmo sentido, o acórdão do agravo em recurso especial n.º 976.156, oriundo da decisão do Juiz de Direito em sentença única julgou parcialmente procedente os pedidos, determinando a aplicação da guarda compartilhada, cabendo à guarda a cada um dos genitores pelo período de 10 dias sucessivamente.

Segue em apelação, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu parcialmente por reconhecer a prática de alienação parental por parte da genitora, regulando a guarda unilateral da filha ao genitor e estabelecendo regime de visitação da mãe, além de condená-la a pagar alimentos em favor da filha no valor de 15% do salário mínimo. Em suma, a corte Superior Tribunal de Justiça conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, fundamentando inviabilidade da guarda compartilhada no caso concreto. Verifica-se pela decisão monocrática a seguir:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 976.156 - RS (2016/0230610-7) RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO AGRAVANTE: D S G ADVOGADOS: ALDAIR HIPPLER - RS083218 ALADIO ANASTACIO DULLIUS - RS091632 AGRAVADO: E R G ADVOGADOS: LISETTE INES BIRCK - RS051793 ESTER JUCELI LUDWIG - RS094827 DECISÃO Trata-se de agravo interposto por D. S. G., desafiando decisão que não admitiu recurso especial, este fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (e-STJ, fl. 807): "APELAÇÕES CÍVEIS. GUARDA. VISITAÇÃO. ALIMENTOS. ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO DE SUBMISSÃO A TRATAMENTO PSICOLÓGICO. Caso em que restou provada a prática de atos de alienação parental por parte da genitora, com evidentes prejuízos psicológicos à criança, e, ao reverso, pela não ocorrência dos episódios de violência e negligência imputados ao genitor. Diante da robusta produção probatória, conclui-se que à medida que melhor atende ao interesse da criança é a guarda unilateral em favor do pai, com ampliação da convivência

com a genitora não guardiã, de forma a diminuir o sofrimento da infante, durante o lapso temporal que não visita a mãe. [...] 'Discussão dos Dados: A presente avaliação psicológica foi solicitada para ser confirmada ou descartada a hipótese de alienação parental da genitora contra o genitor. A análise dos autos assim como as entrevistas periciais psicológicas realizadas com os pais e a menor aponta para a seguinte compreensão do caso: 'A genitora compareceu ao DMJ negando as alegações de E., inclusive negando veementemente que o tenha acusado de violência sexual, ainda que tenha sido consignada em audiência às folhas 69 que tal denúncia teria gerado processo criminal, julgado pelo juízo e desmentida a versão da genitora, revelando mais uma vez sua visão distorcida da realidade. [...] Note-se que a alienação parental também já era possível ser constatada antes mesmo da conclusão da perícia técnica, tal como se verifica do agravo de instrumento nº 70059012807, julgado em junho de 2014 (fl. 584), de relatoria do Des. Rui Portanova [...]. Portanto, reputo absolutamente corretas as conclusões expostas no parecer do Procurador de Justiça Ricardo Vaz Seelig (fl. 646/653), as quais, para evitar tautologia, ratifico integralmente e agrego como motivação de decidir... [...] amadurecido o feito, a conclusão a que se chega é que a infante, vítima da síndrome da alienação parental, em suas manifestações, rejeita a figura paterna - não pelo fato de E. não ser um bom pai, mas, sim, para atender a um verdadeiro penhor de lealdade engendrado por sua mãe, que exerce grave influência psicossomática na sua conduta, caracterizando verdadeira simbiose comportamental, uma vez que a criança reproduz exatamente o antagonismo materno [...]. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, mediante a análise soberana do conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu a prática de alienação parental por parte da genitora, com graves prejuízos psicológicos à menor, e concluiu, amparado nos laudos periciais e no parecer do Ministério Público, que a guarda unilateral ao genitor é a solução recomendada ao caso concreto e que visa atender ao melhor interesse da criança envolvida. A reforma do acórdão recorrido, quanto à inexistência de alienação parental e à inviabilidade de guarda compartilhada no caso concreto, demandaria necessariamente o reexame do substrato fático-probatório dos autos, providência vedada no âmbito estreito do recurso especial, a teor do disposto no enunciado da Súmula 7 do STJ. Diante do exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.¹⁷¹

Portanto, o relator chegou à conclusão que a infante é vítima da síndrome de alienação parental, assim os atos de alienação parental praticados pela genitora os quais na tentativa de ser inibidos, manteve a decisão anterior e a guarda provisória da infante que continua com o genitor.

Em mais uma análise, o agravo de instrumento nº 70083808949172 reformulou em partes a decisão anterior:

Ementa: Agravo De Instrumento. Ação De Guarda. Regime De Convivência Materno. O Litígio Que Grassa Entre Os Contendores É Antigo E Se Desdobra Em Diversos Feitos, Inclusive Na Área Criminal. As Acusações São Graves E Recíprocas. A Prova, Por Sua Vez, Revela Imputação Falsa De Abuso Sexual Pelo Genitor E Revela A Prática De Alienação Parental Por Parte Da Genitora, O Que É Causa De Sofrimento Ao Filho. Diante Destas Circunstâncias, Adequada À Concessão Da Guarda Paterna, Conforme Decidido Na Origem. Não Se Conhece

Do Recurso No Que Tange Ao Regime De Convivência Materna, Pois, Após A Interposição Deste Agravo De Instrumento, A Magistrada Reconsiderou Parte Da Decisão Atacada, Garantindo O Direito De Convivência Da Agravante Com O Filho “Em Finais De Semana Alternados, De Sexta-Feira Após O Término Das Aulas Até Segunda-Feira, Com A Entrega Na Escola”, Sem Necessidade De Acompanhamento Pelo Conselho Tutelar, Bem Como Para Permitir O Contato Diário Dela Com O Filho, Entre 20h E 21h. Tal Decisão Foi Objeto De Outro Agravo Interposto Pelo Varão. Portanto, A Temática, Diante De Fatos Novos, Está Submetida À Apreciação Nesse Outro Recurso. Conheceram Em Parte E Na Parte Conhecida Negaram Provimento. Unânime.¹⁷³

A ementa acima refere-se a um recurso na tentativa de reverter a decisão anterior, a qual foi em conhecer parte e na parte já conhecida negou o provimento de agravo de instrumento.

Ocorre que na ação de guarda, deferiu a guarda do infante ao genitor e estipulou visitação da genitora de forma assistida, com acompanhamento do conselho tutelar. O genitor foi acusado pela genitora de abuso sexual contra o infante, a qual ainda, diante disso e novos fatos apresentados e o grave ato de alienação parental.

O voto da Corte foi:

Às fls. 661-670 foi formulado pedido de tutela de urgência do genitor do menor, noticiando que após o deferimento da guarda do infante à genitora por decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do AI 70080973654, ocorreram fatos novos e graves de alienação parental, que comprometem a harmonia e bom convívio do pai com a criança. O Ministério Público, intimado, opinou pelo acolhimento do requerimento formulado pelo genitor (fls. 729-730). [...] Consoante se verifica da decisão de fls. 378/383, a prática recorrente de atos de alienação parental pela genitora foi decisiva para que, já em março de 2019, fosse deferida a guarda do menor ao pai. Esta decisão foi revertida pelo Tribunal de Justiça do Estado que, primordialmente, levou em consideração suposta notícia de violência sexual envolvendo o genitor e o menor. Quanto a suposta violência sexual, tramita processo criminal para apurar a situação, tratando-se, pelo que se depreende de tudo que existe nos autos, bem como, especialmente, pelas novas provas trazidas pelo genitor, de mais um ato de alienação parental praticado pela genitora. Quanto a esta questão, os prints das conversas via aplicativo *whatsapp* do menor com a genitora no dia 19/12/2019 demonstram que o menor, durante período de visitação ao pai, chama a mãe pelo aplicativo e afirma que não é verdadeira a acusação que fez contra o pai, dizendo que somente o acusou porque não queria deixar a mãe triste. [...] Quanto às visitas maternas, diante da gravidade e reiteração da conduta de alienação, esta deverão ser realizadas quinzenalmente, aos sábados ou domingos, de forma assistida, com acompanhamento do Conselho Tutelar, em local previamente combinado entre as partes e os conselheiros. Da mesma forma, DEFIRO o requerimento de restabelecimento do menor na Escola Bom Jesus, devendo a genitora abster-se de realizar qualquer alteração em relação ao ensino da criança. Quanto ao pedido de determinação para que a requerida submeta-se a tratamento, tratando-se de pessoa adulta e capaz, não há como acolher o pedido,

facultando a esta, contudo, apresentar avaliação médica neste sentido, a fim de demonstrar seu interesse em reestabelecer o convívio sadio com o filho.¹⁷⁴

Constatado as tentativas da genitora de afastar o infante do genitor criando até situações desagradáveis para os dois (pai e filho), como a troca de escola do menor, bem como a chamar o conselho tutelar até a casa do genitor para verificar que o infante não estava sendo bem tratado. Verifica-se que a alienação parental praticada pela genitora é de um nível tão perturbador que o infante confirmou o abuso sexual contra o genitor, por entender que precisava mentir para não deixar a genitora triste.

Contudo, através de mensagem para a genitora, o infante confessou que a prática de abuso sexual não ocorreu que foi ignorada pela genitora. Observa-se que é nítido que o infante está sofrendo com toda essa situação envolvendo e criando esta disputa pelo mesmo.

Assim, no que concerne ao melhor interesse da criança e adolescente a guarda unilateral é do genitor, com visita da genitora.

Em suma, por fim demonstrar outro entendimento do Superior Tribunal de Justiça diante do agravo (AREsp 1.315.814) interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial manejado com fundamento na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, em desafio a acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado¹⁷⁵:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE ALIMENTOS E AÇÃO DE OFERECIMENTO DE ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - SENTENÇA CONJUNTA COM ESTABELECIMENTO DE "QUANTUM" ALIMENTAR E DEFININDO O EXERCÍCIO DE VISITAS PELO PAI - INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES – AUTOS REMETIDOS AO TRIBUNAL - SURGIMENTO DE DENÚNCIA PELA MÃE DE ABUSO SEXUAL IMPUTADO AO PAI CONTRA A FILHA, ANTES DO JULGAMENTO DO RECURSO - DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE EXCEPCIONAL ESTUDO SOBRE O CASO - JUNTADA DE LAUDOS PSICOLÓGICOS DO CONSIJ, PARTICULARES E DA DELEGACIA DA MULHER E DO ADOLESCENTE - CONSTATAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL - REVERSÃO DA GUARDA E CANCELAMENTO DOS ALIMENTOS - GRAVIDADE QUE IMPÕE ESTA MEDIDA. RECURSO DE APELAÇÃO ADESIVO. PROVIDO, COM DETERMINAÇÕES E PROVIDÊNCIAS. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO.¹⁷⁶

Logo, a ementa acima descrita trata-se de um agravo em recurso especial, sendo o agravante a menor este devidamente representado. O agravo foi interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, que em suas razões alegou que o acórdão violou o artigo 460 do CPC/73, pois na origem tratava-se apenas de alimentos e regulamentação de visitas e não deveria ter ocorrido ter revertido à guarda.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou seu entendimento no sentido de que o recurso não merece prosperar por não entender que não excede os limites da lide. Nos autos foi procedente o pedido de

fixação de alimentos e também regularizou o direito de visitas. Sendo relatada em segundo grau a ocorrência de abusos cometidos pelo genitor e a ocorrência de alienação parental por parte da genitora.

Neste sentido, ficou entendido que:

Diante da gravidade dos fatos o Tribunal determinou a elaboração de laudo psicossocial e, conhecendo das referidas alegações, concluiu que não houve atos de abuso sexual por parte do genitor, mas de alienação parental por parte da genitora, conforme o conjunto probatório.¹⁷⁷

Desta forma, o Tribunal estadual, ou seja, a corte de origem, concluiu que houve a alienação parental por parte da mãe da menor, determinando a reversão da guarda em favor do pai, buscando a preservação do que é o melhor para a criança.

Em sua decisão a Corte dispôs:

Isso porque, se a prática de alienação parental não causa maiores danos à criança e pode ser revertida com facilidade, a medida seria a severa advertência ao alienador, contudo, quando a criança é violentamente afetada, culminando as acusações em processo criminal contra o genitor, a única solução para o melhor interesse da criança é a efetiva reversão da guarda.¹⁷⁸

Por fim, com base na análise do agravo em recurso especial do Superior Tribunal de Justiça, para reverter à guarda em favor do pai, levou-se em consideração o bem estar e desenvolvimento sadio da menor, entendendo que para isso ocorra o melhor a ser feito é a aplicação da guarda unilateral benefício ao pai da menor.

Os acórdãos apresentados têm como objetivo confirmar como os casos de alienação e consequentemente a síndrome da alienação parental perturba e desorientam as crianças e adolescentes, desta forma as jurisprudências estão sendo decididas a luz de melhor interesse da criança, garantindo assim um desenvolvimento saudável.

É importante ressaltar que cada caso concreto deve ser analisado de forma a buscar o melhor desenvolvimento para o menor, pois o direito não é absoluto, não devendo generalizar todos os casos.

5. CONCLUSÃO

O direito de família está sempre em evolução, seja nas inúmeras transformações de família ou até mesmo na evolução no direito de família para acompanhar essas mudanças com isso às jurisprudências que estão sempre analisando cada caso e prevalecendo cada vez mais o princípio de melhor interesse da criança e adolescente.

Diante disso, a família hoje já não é condicionada aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. As novas formas de famílias buscam construir uma história em comum na qual existe comunhão afetiva.

Neste sentido, se torna cada vez mais necessárias ações para manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação que sempre acarreta nos filhos, desta forma a finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provada pela alienação parental.

Logo, como objeto do presente trabalho, analisar a alienação parental e a guarda unilateral no cenário contemporâneo, através da análise jurisprudencial, para tanto foram levantadas também as análises de doutrinas para explicar os conceitos e trazer as visões dos renomados autores de direito de família.

Não obstante, entende-se que o desafio da dissolução de uma união proporciona reflexos negativos no desenvolvimento do infante, um dos mais recorrentes desses reflexos negativos são as práticas de alienação parental, as quais podem acarretar a transtornos psicológicos no decorrente desenvolvimento da síndrome de alienação parental.

Neste viés, foi criada a Lei da Guarda Compartilhada para ser aplicada como regra geral, a fim de inibir a alienação parental, assim ambos os genitores detinham o poder familiar e consequentemente as responsabilidades sobre o infante.

Para isso, foi necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da reponsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Em alguns casos, de fato foi perceptível às mudanças que as famílias aderiram para melhorar o ambiente e até a relação e até certa forma a conciliação entre os genitores, para que assim fosse possível de forma saudável criar seus filhos.

Entretanto, os casos de alienação parental continuam recorrentes, dessa forma, confirmou-se a hipótese inicialmente levantada de que, mesmo estabelecida a guarda compartilhada a fim de inibir a alienação parental, ainda continuam ocorrendo mais e mais casos no dia a dia.

Deste modo, conclui-se que o presente trabalho demonstra que a guarda unilateral vem sendo aplicada nos casos em que foi constatada a alienação parental, visando interromper a alienação parental, regular a guarda conforme demonstra os entendimentos jurisprudenciais, baseando no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ora, o Direito deve ser usado para promover o bem de todos, inclusive da criança e/ou adolescente, dever o qual os pais deveriam lutar pelos menores, contudo, sabemos que nem sempre é a realidade das famílias.

Como demonstrado neste trabalho, muitos genitores tornam seus filhos como instrumento de briga para atingir o ex-cônjuge, assim pode-se dizer que alguns nem possuem a consciência de estar praticando alienação parental.

Neste sentido, alguns casos de disputas são tão chocantes por assim dizer, que o alienador chega a criar falsas memórias e até mesmo relacionado a abuso sexual, assim criando repulsa do infante com o genitor alienado, desta forma, entende-se que a guarda compartilhada não está de fato sendo eficaz para inibir a alienação parental.

Visto que, ante ao exposto no entendimento jurisprudencial citado em que haviam sido favoráveis para a guarda compartilhada, atualmente vem mudado essa forma de entendimento e que talvez como um ato de “advertência” para o genitor alienador seja a troca da guarda compartilhada para a unilateral, conforme as últimas decisões apresentadas neste trabalho.

Diante dos acórdãos apresentados confirmam a hipótese deste trabalho, que os casos recorrentes de alienação parental e conseqüentemente a síndrome de alienação parental, continuam recorrentes mesmo que com a guarda compartilhada criada para inibir.

Neste contexto, entendem-se por analisar cada caso concreto, não generalizando, sendo necessário o entendimento da situação e avaliação técnica para a comprovação da alienação parental. Logo, cabendo aos genitores o dever de cuidar, proteger, educar, criando as em um ambiente saudável, garantindo assim, o melhor interesse da criança e adolescente, e preservando o direito fundamental da dignidade humana e ao livre desenvolvimento.

Em suma, a proeminência do presente estudo consiste em discutir o tema devido sua relevância, e demonstrar que nem sempre a guarda compartilhada poderá ser a solução para inibir alienação parental, pois esse ato independe da guarda. Ora, percebe-se que alienação parental provoca inúmeras conseqüências em longo prazo, que podem acompanhar a criança até a fase adulta, portanto, deve ser observado primeiramente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito de família. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa Da Família. Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em: 30/05/2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/Del5452.htm>. Acesso em 22/05/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 6.525, de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. (divórcio). Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em 07/06/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 31/05/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 29/05/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de junho de 2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 07/06/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União. Brasília, 26 de agosto de 2010. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 07/06/2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Diário Oficial da União. Brasília, 22 de dezembro de 2014. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm >. Acesso em: 07/06/2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. 2020. [recurso eletrônico]. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7274/STJ+nega+guarda+compartilhada+para+m%C3%A3e+por+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a>>. Acesso em: 10/06/2020.

BRASIL. Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Diário Oficial da União. Brasília, DF, de 22 de junho de 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm>. Acesso em: 29/05/2020.

BRASIL. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 31/05/2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Diário Oficial da União. Brasília, 22 de dezembro de 2014. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm >. Acesso em: 07/06/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70083786673/ RS. Relator: Des.ª Sandra Brisolara Medeiros. 27.04.2020.

Disponível:< <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 02/07/2020

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70076918309/ RS. Relator: Des. Jorge Luís Dall’Agnol (Presidente) e Des.ª Sandra Brisolara Medeiros. 25 abril.2018.

Disponível:< <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1003450-56.2016.8.26.0653/ SP. Relator: Paulo Alcides. 3 junho.2020.

Disponível:<
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadosSimples.do?jsessionid=AB2B21E0D4AF16974DDE89DFEF573254.cjsg1?conversationId=&nuProcOrigem=1003450-56.2016.8.26.0653&nuRegistro=>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1.315.814/ PR. Relator: Min. Marco Buzzi. 16 dez.2019

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=104528679&num_registro=201801548210&data=20191218&tipo=0 Acesso em: 02/07/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70083808949/ RS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 21 maio.2020.

Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 02/07/2020.

BRITO, Maria Eduarda Ferro. CRIMINALIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL: uma análise legislativa. 2017. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Recife, PE, 2017. [recurso eletrônico]. Disponível em:

<<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21949/1/MONOGRAFIA%202017.1%20-%20MARIA%20EDUARDA%20FERRO%20BRITO.pdf>> Acesso em: 10/06/2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSETTARI, Christiano. Elementos de direito civil. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DAL, Suely Leite Viana Van; BONDEZAN, Daniela Turcinovic. A lei de guarda compartilhada obrigatória (lei 13.058/2014) e os efeitos para a formação da criança. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2019. [recurso eletrônico]. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1339/A+lei+de+guarda+compartilhada+obrigat%C3%B3ria+%28lei+13.058+2014%29+e+os+efeitos+para+a+forma%C3%A7%C3%A3o+da+crian%C3%A7a+>>. Acesso em: 09/06/2020.

DELGADO, Mario; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Guarda compartilhada – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Diário Oficial da União Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecUniDirHum.html>>. Acesso em 22/05/2020.

DIAS. Maria Berenice. Manual de Direito de Família. - 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GERBASE, Ana Brúsolo. Et al. CARTILHA ALIENAÇÃO PARENTAL; Vidas em Preto e Branco. Escola Superior de Advocacia OAB/RS. Porto Alegre. 2012.

Disponível:<https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/2._Cartilha_Alienacao_Parental_OAB-RS.pdf> Acesso em 13/06/2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEMES, Carolina Braga Monteiro. ALIENAÇÃO PARENTAL NA GUARDA UNILATERAL. 2014. 59f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito).

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, DF. 2014.

Disponível:<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6092/1/21028983.pdf>>. Acesso em: 13/06/2020.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Volume 5: Famílias. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARGRAF, Alencar Frederico. Guarda Compartilhada: uma tentativa de diminuir a alienação parental. Revista dos Tribunais, vol. 61/2015, p. 249 – 272. jan. – mar., 2015 [recurso eletrônico]. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 02/06/2020.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.25.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. – 7.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 401.

NUNEZ, Carla Alonso Barreiro. Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2013. [recurso eletrônico]. Disponível em:< <http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 29/05/2020.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio. Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor. 2.ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006

PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA. Tânia da Silva. Instituições de Direito Civil. 25. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chamber. Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016

SILVEIRA, Gabriela Fernanda da. O estatuto da família e sua compatibilidade com o modelo familiar previsto na Constituição Federal de 1988: uma análise a partir do princípio da afetividade. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2020. [recurso eletrônico]. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1446/O+estatuto+da+fam%C3%ADlia+e+sua+compatibilidade+com+o+modelo+familiar+previsto+na+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de+1988%3A+uma+an%C3%A1lise+a+partir+do+princ%C3%ADpio+da+afetividade>>. Acesso em: 31/05/2020.

SILVA, Carla Alonso Barreiro. A lei de alienação parental: da promessa de proteção à banalização de sua aplicação. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2020. [recurso eletrônico]. Disponível em:< <http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 13/06/2020.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Do Pátrio Poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.