

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

VAUDILENA BEZERRA DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

CAMPINA GRANDE- PB

2012



VAUDILENA BEZERRA DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

Trabalho de conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Área de atuação: Direito de Família. Orientadora: Prof^a M.e Maria do Socorro Bezerra Agra

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586g Silva, Vaudilena Bezerra da.
Guarda Compartilhada e Alienação Parental
[manuscrito] / Vaudilena Bezerra da Silva.– 2012.

51 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.

“Orientação: Profa. Ma. Maria do Socorro Bezerra Agra, Departamento de Direito Público”.

1. Direito familiar 2. Guarda compartilhada 3. Alienação parental I. Título.

21. ed. CDD 346.015

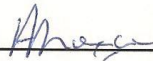
VAUDILENA BEZERRA DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

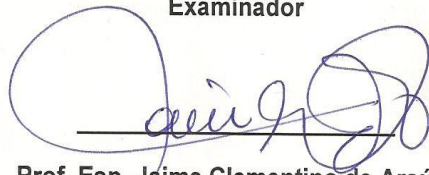
Aprovada em 20/ junho / 2012
Nota: nove (9,0)



Profª M.e Maria do Socorro Bezerra Agra
Orientadora



Prof. M.e Amítton de França
Examinador



Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo
Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais José Bezerra e Ana Ferreira, com imenso carinho, pelo exemplo de vida que me deram na formação de meu caráter.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida, pela força, paciência e perseverança durante todo o curso.

A minha mãe, meu maior amor, pela paciência em me ouvir nos momentos difíceis, por todos os conselhos, orações e incentivos e principalmente por todo o amor que sempre me deu.

A meus irmãos e irmãs por todos os esforços que desempenharam para ajudar-me na conclusão desse curso.

A todos os meus amigos e amigas que sempre me auxiliaram na busca dos meus ideais.

A meu namorado José, pelo carinho e atenção.

A minha Orientadora Professora Socorro Agra pela indispensável ajuda na elaboração desse trabalho.

RESUMO

A sociedade, ao longo dos anos, passou por diversas mudanças comportamentais, as quais fizeram surgir uns novos modelos de família, resultantes das mutações sociais e da própria intensificação do convívio familiar, em especial, quanto aos pais que se mostram mais participativos. Cabe aos genitores o exercício do poder familiar em igualdade de condições, durante ou após o fim do casamento, união estável ou outra forma de relacionamento. Com a separação dos pais, surge a disputa pela guarda dos infantes. O Código Civil regulamenta a guarda unilateral e a guarda compartilhada, de forma exemplificativa, pois outros modelos poderão ser adotados sempre que o interesse do menor exigir a guarda. Embora o poder familiar seja titulado por ambos os pais, a primeira modalidade (guarda unilateral) garante o exercício desse munus publicus de maneira mais efetiva a apenas um dos genitores, o que é motivo de várias críticas pela doutrina, uma vez que pode acarretar o rompimento dos laços afetivos existentes entre o filho e o ascendente não guardião, chegando mesmo a facilitar a abominável prática da alienação parental, posto que o distanciamento de um dos pais permite ao outro manipular o infante, levando-o a odiar o genitor não guardião. Já no segundo (guarda compartilhada), ambos os genitores exercem simultaneamente a guarda dos filhos, dividindo direitos e obrigações. Ademais, nesta modalidade não há necessariamente um acordo em relação à moradia fixa ou à temporada em que os infantes permanecerão em companhia de um ou do outro ascendente, o que se mostra bastante salutar na formação dos menores. A guarda compartilhada também possui outros aspectos positivos, dentre os quais a possibilidade de se combater a prática da Alienação Parental (processo de desmoralização da figura parental efetivada por um dos genitores), e a conseqüente Síndrome da Alienação Parental, tão nefasta aos menores, uma vez que a atuação mais ativa, bem como o contato constante de ambos os pais com os filhos, contribui para a manutenção dos vínculos afetivos existentes entre eles, dificultando o exercício irresponsável do poder familiar por parte de um dos genitores.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Familiar; Guarda Compartilhada; Alienação Parental.

ABSTRACT

Over the years, society's behavior changed, what contributed to appeal new family models, resulting from social change and the intensification of family life, especially as fathers who are more participatory. Parents should exercise the familiar power in same conditions, during or after the marriage, stable union or any other kind of relationship. With the divorce of parent, begins the dispute over the custody of children. The Civil Code rules the unilateral custody and share custody, for example, because other models may be adopted when the child's interest requires. Although both of the parents have the familiar power, the first mode (unilateral custody) guarantees the exercise of this munus publicus more effectively to only one of the parents, what is reason of many criticism by the doctrine, since it can lead to the breaking of emotional ties existents between the son and the non-custody parent, and even facilitate the abhorrent practice of parental alienation, since the distance from a parent allows the other to handle the infant, causing him to hate the non-custodian parent. In the second mode (shared custody), both of the parents exercise child custody at the same time, dividing rights and obligations. Moreover, in this mode is not necessarily an agreement in relation to housing fixed or season in which infants remain in the company of one or the other parent, which proves very beneficial in the children formation. The share custody also has others positive aspects, among them the possibility to combat the practice of Parental Alienation (the process of demoralization of parental figure carried by one parent) and the consequent Parental Alienation Syndrome, so harmful to children, since the more active and constant contact with both parents contributes to the maintenance of emotional bonds between them, avoiding the irresponsible exercise of family power by a parent.

KEY- WORDS: Familiar Power, Share Custody; Parental Alienation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PODER FAMILIAR.....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Titularidade e características do poder familiar.....	15
1.3 Atribuições do poder familiar.....	18
2 PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS.....	21
2.1 Considerações iniciais.....	21
2.2 Princípio do melhor interesse do menor.....	23
2.3 Conceito de guarda.....	24
2.4 Instituto da guarda no direito brasileiro.....	24
2.5 Modalidades de guarda.....	25
2.5.1 Guarda unilateral.....	26
2.5.2 Guarda alternada.....	27
2.5.3 Nidação ou aninhamento.....	27
3 GUARDA COMPARTILHADA.....	29
3.1 Conceito.....	29
3.2 Fundamentação legal.....	29
3.3 Exercício da guarda compartilhada.....	30
3.4 Modelo constitui melhor opção.....	31
4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.....	33
4.1 Considerações gerais.....	33
4.2 Punição pelo abandono imaterial.....	35
4.3 Direito de convivência entre avós e netos.....	37
5 ALIENAÇÃO PARENTAL.....	39
5.1 Conceito.....	39
5.2 Situações denotativas da Alienação Parental	42
5.3 Tutela jurisdicional e apoio multidisciplinar no reconhecimento da Alienação Parental.....	43
5.4 Consequências da Alienação Parental sobre os filhos.....	44
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, as alterações de comportamento da sociedade fizeram surgir um novo conceito de família, alterando-se de forma significativa a intensidade do convívio familiar, em especial, no que concerne à maior participação dos pais nas relações familiares. Se antes o pai se ocupava apenas do sustento da família, atualmente ele também se preocupa com a educação, formação e criação dos filhos, mas, sobretudo, o relacionamento hoje é afetivo. Essa intensificação do convívio familiar contribuiu para uma melhor estruturação dos laços socioafetivos, fazendo o filho perceber que mãe e pai são igualmente importantes à constituição da autoridade, que deve ser por eles respeitada, e, mais ainda, a sua formação como pessoa humana.

A Constituição de 1988 concedeu à mulher tratamento isonômico ao homem (CF, art.5º, I). Ademais, o mesmo diploma garante em seu art.226, § 5º, igualdade em direitos e deveres atinentes à sociedade conjugal. Destarte, o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições por ambos os genitores em relação aos filhos menores.

Impende consignar que o tratamento privilegiado dado pelo legislador do atual Código Civil ao casamento não está em sintonia com a leitura constitucional do direito de família, uma vez que o casamento não é a única forma de constituição da família. Sabe-se que há apenas referencia em alguns casos à união estável, como, por exemplo, no *caput* do art. 1.631. Porém, conforme prevê a Lei Maior, art. 226, toda família é legítima. Portanto, os filhos advindos ou não do matrimônio devem receber o mesmo tratamento legal, uma vez que o exercício do poder familiar decorre do reconhecimento dos filhos por seus pais, não estando vinculado à origem da filiação.

Se hoje cabe aos pais o exercício do poder familiar em igualdade de condições, nem sempre foi assim. No Código Civil de 1916 a *patria potestas* era conferida ao marido, cabia a ele exercer a função de chefe da família. A mulher só poderia exercer a mencionada função na falta ou impedimento daquele.

Com a separação dos pais, passa-se à disputa pela guarda dos filhos, situação que na maioria dos casos é marcada por conflitos entre os genitores que a desejam para si de forma unilateral. Trata-se aqui da guarda processual regulamentada pelo Código Civil nos arts. 1.583 a 1.590, não da guarda estatutária (modalidade de colocação de menor em família substituta), disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 33 a 35, nos casos em que o infante se encontra afastado de sua família natural.

Todas as decisões que envolvem criança e adolescente devem ser informadas pelo *princípio do melhor interesse do menor*, pois este se encontra vulnerável, posto que em estado de desenvolvimento biopsicossocial, merecendo proteção especial.

A guarda decorre do poder familiar e constitui-se em um poder dever dos pais. Quando os pais forem um casal, ela é tacitamente conjunta, individualizando-se ou não (porque pode ser conjunta) quando da separação dos genitores. Quando os pais se separam e não acordam sobre a guarda dos filhos, cabe ao Poder Judiciário fazê-lo, decidindo pela guarda compartilhada, prioritariamente, ou outra modalidade que no caso concreto melhor atenda aos interesses do menor.

No que concerne à guarda compartilhada, a Lei nº 11.698/2008 foi responsável por determinar expressamente a preferência a essa nova modalidade, que só será afastada nos casos em que o melhor interesse do menor recomendar a adoção de outro tipo, uma vez que a guarda compartilhada permite o exercício conjunto e igualitário do poder familiar pelos ascendentes, inclusive, dificulta a utilização do infante por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o ascendente que não conviva com ele, circunstância de ocorrência típica na guarda unilateral ou exclusiva.

Quando o fim do relacionamento não se dá de maneira sadia, e um ou ambos os pais fomentam reações negativas em relação ao outro, é comum que se desenvolva um sentimento de repúdio entre eles, o que na maioria dos casos acaba atingindo os filhos.

É neste contexto que se desenvolve a Alienação Parental, que consiste em programar o filho para que este odeie, sem justificativa, o outro genitor. Com a ruptura da vida em comum, o genitor de personalidade pouco saudável começa a desenvolver sentimentos de traição, abandono, perseguição, e quer se vingar do ex-cônjuge, companheiro, concubino ou ficante, afastando-o do filho que, para tanto, é usado como munição, passando então a dificultar a relação existente entre o menor e o genitor alienado.

Alguns comportamentos praticados pelo genitor alienador podem caracterizar a ocorrência da Alienação Parental, dentre os quais: organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas; apresentar o(a) novo(a) parceiro(a) aos filhos como sua nova mãe ou seu novo pai; interceptar as cartas e encomendas mandadas para os filhos pelo genitor não guardião, entre outras condenáveis reações. Nessas situações, normalmente o caso é encaminhado ao Judiciário que deverá, junto com peritos psiquiatras, assistentes sociais ou psicólogos, identificar se está ocorrendo a Alienação Parental, ou trata-se apenas de falsas afirmações do suposto genitor alienado.

Constatada a ocorrência da Alienação Parental, cabe ao Judiciário proceder com as devidas providências a fim de cessá-la, ou seja, determinar a mudança de guarda e ordenar que as partes atingidas pela Síndrome da Alienação parental se submetam a tratamento especializado.

No presente estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, discutindo-se a ocorrência do fenômeno da Alienação Parental, os aspectos sociais, familiares e afetivos que cercam as disputas de guarda, e como tais fatores poderão ser responsáveis por desencadear a prática da Alienação Parental. Quanto ao assunto guarda de filho menor, o trabalho dá uma atenção maior ao modelo de guarda compartilhada, haja vista que, juntamente com a Alienação Parental, forma o tema ora abordado.

1 PODER FAMILIAR

A guarda de filho menor é um dos atributos ou uma das manifestações do poder familiar (CC, art. 1.634, II, *in fine*). Por isso, antes de a abordagem desta monografia recair sobre Alienação Parental e Guarda Compartilhada, são necessárias algumas noções sobre Poder Familiar.

1.1 Conceito

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.367), o poder familiar configura-se como sendo “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Cabe a ambos os pais o exercício desse direito-dever sobre os filhos menores, em regime de igualdade. Assim, preleciona o artigo 1.631 do Código civil: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Com o advento da Carta Magna de 1988, a mulher passou a receber tratamento isonômico ao homem (CF, art. 5º, I). O mesmo diploma garante, em seu art. 226 § 5º, igualdade em direitos e deveres concernentes à sociedade conjugal. Assim, cabe a ambos os genitores a função de exercer o poder familiar em relação aos filhos menores.

A leitura constitucional do direito de família impõe séria crítica ao tratamento privilegiado dado pelo legislador do atual Código Civil ao casamento, como se a família conjugal continuasse representando o paradigma da família legítima. Em algumas regras, não em todas, ainda faz referência à união estável, como no *caput* do art. 1.631. Ora, a teor do *caput* do art. 226 da CF, toda família é legítima. E mais: no § 6º do art. 226, a Lei Maior impõe a isonomia filial, proibindo qualquer forma de discriminação em razão da origem da filiação. Assim, tanto faz filho matrimonial como filho

extramatrimonial, todos merecem a mesma tutela legal, ou seja, aplicam-se os mesmos direitos e deveres aos filhos e aos pais. Não há filho classe A ou classe B.

Por isso, a leitura constitucional correta dada ao art. 1.631, *caput*, do Código Civil é esta: onde se lê "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade", leia-se: "Pai ou mãe no exercício do poder familiar, assumirá o *munus publicus* com exclusividade, na falta ou impedimento do outro." Isso porque tal regra se aplica a qualquer pai ou mãe que não tenha sido impedido (a) de exercer o poder familiar, independentemente de o filho ter sido concebido durante o casamento, durante a união estável, durante o concubinato, durante a "amizade colorida", durante o relacionamento como "ficante" e assim por diante.

É importante observar que, quando o pai exercia, com exclusividade, o *pátrio poder* sobre o filho, este era considerado e tratado como objeto de direito; o poder do pai sobre o filho representava um direito subjetivo deste sobre aquele (a ideia de poder e a ideia de interesse próprio integravam o conceito do pátrio poder). Isso quer dizer que o pátrio poder era exercido pelo pai para satisfazer a interesses do pai, já que era um *direito subjetivo do pai sobre o filho*, exercido a semelhança do poder de um senhorio (no sentido de posse, domínio), posto que, como foi dito, o filho era objeto, não sujeito de direito. Com as mutações ocorridas na família ao longo dos tempos, os comportamentos começaram a mudar e continuam mudando. Hoje, os pais (e não mais só o pai) exercem o poder familiar sobre os filhos menores como um poder-dever em que os filhos são sujeitos de direito. Mudou também o entendimento sobre dito direito subjetivo tutelado pelo direito de família: como sujeitos de direito, agora, com prioridade, o interesse a ser satisfeito é, prioritariamente, o dos filhos, não o dos pais.

A respeito, interessa transcrever-se aqui lição vinda de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (1998), posto que esses autores abordam a noção de *direito pessoal de família* e fazem a distinção entre *poder-função* e *direito-dever*, qual seja, há uma dissociação entre a titularidade do poder e a titularidade do interesse, daí por que a referida

dissociação afasta o entendimento de que direito subjetivo pessoal de família é um direito potestativo do titular. Citando F. M. Pereira Coelho, os autores exemplificam:

Seria o caso, como mostra o mestre de Coimbra, do direito de propriedade, protótipo tradicional dos direitos subjetivos, em que o titular 'escolhe livremente o modo do seu exercício', podendo até deixar de exercê-lo. Ao contrário, há direitos subjetivos cujo titular 'é obrigado a exercê-los de certo modo, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse a que ele serve'. É a esta última categoria, que engloba os direitos pessoais de família, que conviria a designação 'poderes-deveres' ou 'poderes-funcionais' (grifos dos autores).

O poder familiar ilustra muito bem essa noção de direito subjetivo de família: o titular do interesse é o filho, enquanto os pais são os titulares do dever.

Em face do exposto, constata-se que, por si mesmo, o direito de família reclama tratamento especial, peculiar aos interesses a que serve, tanto que o direito subjetivo de família foge ao conceito clássico de direito subjetivo. A dicotomia contida no direito subjetivo de família dá colorido especial à construção do seu conceito, ressaltando sua característica funcionalista, como observa Maria Berenice Dias (2010). Quer dizer, voltando a citar o poder familiar como exemplo, o titular do direito subjetivo de família é obrigado a exercê-lo em atenção ao superior interesse do filho menor, ou seja, é obrigado a atender interesse de outrem. Mas, ainda aproveitando o poder familiar como exemplo, acrescente-se que: dentro de sua peculiaridade, o direito pessoal de família também serve a interesse próprio do titular do dever: pais verdadeiros, não meros genitores, querem participar do desenvolvimento biopsicossocial do filho, querem educá-lo, fiscalizá-lo, protegê-lo, pois tudo isso corresponde a necessidades psicológicas dos pais, o que demonstra que o poder familiar é concedido ao pai e à mãe também no interesse destes, e não apenas no interesse do filho.

Trazendo a análise do direito subjetivo de família para a guarda não compartilhada de filho menor, tem-se que, enquanto o direito de visita é um direito da criança e do adolescente, porque a Constituição Federal lhe assegura a convivência familiar e comunitária (art. 227, *caput*), também é um

direito do titular do dever de visitá-lo, isto é, do genitor que não detém a guarda judicial. Em face do direito subjetivo de família, ambos têm o direito subjetivo de natureza pessoal à convivência mútua. O exercício de tal direito estreita-se ainda mais quando se trata de guarda compartilhada, daí por que modalidade de guarda mais prestigiada por especialistas na assistência à infância e à adolescência.

O atual Código Civil não conservou em seu texto a expressão pátrio poder (nem havia razão para fazê-lo, evidentemente, diante da nova moldura da família e do direito de família), substituindo-a por poder familiar, modificação esta que se reflete no ordenamento jurídico brasileiro. A partir do advento do Código Civil em vigor, dita atualização tornou-se necessária em qualquer norma legal. Tanto que a Lei nº 12.010/09, conhecida como a nova lei nacional de adoção, atualizou o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), colocando a expressão poder familiar no lugar de pátrio poder.

Fora isso, o poder familiar é um verdadeiro encargo imposto por lei aos pais, os quais não detêm autonomia absoluta sobre os filhos, no exercício do referido *munus publicus*, sendo necessária, por vezes, a intervenção estatal, exercida pelo Judiciário, com o escopo de assegurar a satisfação dos interesses dos menores e impedir arbitrariedades.

1.2 Titularidade e características do poder familiar

No Código Civil de 1916, a *patria potestas* era conferida ao marido, cabia a ele exercer a função de chefe da família. A mulher só poderia exercer a citada função na falta ou impedimento daquele. Desta forma, “o seu exercício não era, portanto, simultâneo, mas sucessivo” (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2008, p.370). Havendo desacordo entre os cônjuges, imperava a deliberação do marido, exceto nos casos de abuso de poder.

Com o advento da Lei nº 4.121/62, denominada “Estatuto da Mulher Casada”, que inspirou grandes transformações produzidas pela CF no direito de família, o art. 380, entre outros, do Código Civil de 1916 foi modificado, passando a deliberar que, na constância do casamento, o pátrio poder

competiria aos pais, “exercendo-o o marido com a colaboração da mulher”, embora no parágrafo único do mesmo artigo alimentasse a hegemonia do homem sobre a mulher: “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”.

Somente com a Constituição Federal de 1988, concretizou-se a igualdade entre os pais, no que concerne à titularidade e ao exercício do poder familiar, dispondo o art. 226, § 5º “- Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Seguindo a mesma linha de raciocínio, designou o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”. Nesse citado art. 21, a expressão “pátrio poder” foi, posteriormente, alterada para “poder familiar” pela Lei nº 12.010/2009, ficando conforme a nova designação consignada pelo atual Código Civil.

Respeitando a isonomia constitucional, o Código Civil de 2002, no art. 1.631, reconhece a ambos os genitores o exercício, em igualdade de condições, do poder familiar, passando a estabelecer: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Têm-se discutido na doutrina, com razão, a redação do supracitado artigo, posto que o mesmo vincula o poder familiar ao casamento ou a união estável. Por isso, que fique claro: o exercício do poder familiar decorre do reconhecimento dos filhos por seus pais, não estando absolutamente vinculado à origem da filiação.

Por evidente, a separação dos pais (seja pela dissolução do casamento, da união estável ou de qualquer outro tipo de relacionamento) não gera a perda do poder familiar. O que poderá ocorrer é somente a fragmentação da guarda, quando ela não é compartilhada, a qual representa apenas uma das manifestações do poder familiar (CC, art.1.632 c/c o art. 1.634, *in fine*).

Finalmente, há que se falar da situação de filho nascido fora do casamento e não reconhecido pelo pai, porque, não havendo vínculo jurídico de paternidade, ele e a mãe formam uma família monoparental (CF, art. 226, § 4º). Destarte, determina o Código Civil, art. 1.633: “O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”.

Aos pais, responsáveis pela vinda do filho ao mundo, cabe prepará-lo para a vida. Assim, a titularidade do poder familiar pertence aos pais, que só a perdem por morte, adoção do filho ou quando dela são destituídos judicialmente. No entanto, se o genitor ou genitora não reconhece o filho, não tem nenhum poder sobre ele (CC, art.1.633). Portanto, o poder familiar resulta da filiação (independentemente da origem da filiação), não do vínculo biológico.

Por sua natureza, o poder familiar apresenta características que o tornam:

- irrenunciável – dele, os pais não podem renunciar, o vínculo natural entre pais e filhos só se dissolve pela morte ou pela adoção;
- inalienável ou indisponível – os pais não podem transferi-lo a quem quer que seja, a título gratuito ou oneroso, não têm o direito de dispor sobre o poder-dever de que são titulares;
- imprescritível – ainda que os pais não o exerçam, negligenciando seus deveres, o poder familiar não prescreve; durante a menoridade do filho, somente podem perdê-lo por sentença judicial ou em caso de morte;
- incompatível com a tutela, porquanto não poderá ser nomeado tutor a menor que não seja órfão ou cujos pais não tenham sido declarados ausentes ou decaído do poder familiar (CC, art. 1.728).

1.3 Atribuições do poder familiar

Compete aos genitores, no exercício do poder familiar, seguir um complexo de regras atinentes aos direitos e deveres que lhes incumbe no tocante à pessoa e aos bens dos filhos.

O art. 1.634 do Código Civil traz um rol dos deveres dos pais para com os filhos menores. Trata-se, evidentemente, de um rol exemplificativo, dado que a questão é bem mais ampla e seria impraticável a lei prevê todas as situações que podem se concretizar no mundo real. Também aqui não cabe repetir esses deveres, dada a clareza da redação do art. 1.634, mas apenas destacar resumidamente, o que se considera mais importante no exercício desse poder-dever que, aliás, é menos um poder do que um dever ou, mais precisamente, uma função cometida aos pais. Assim, sua noção é a de poder-função ou direito-dever. E por falar em destacar o que se constitui de mais importante no exercício do poder familiar, concorda-se aqui com Maria Berenice Dias (2010, p. 418) que o faz muito bem, com sua peculiar objetividade, ao complementar a lista prevista no art. 1.634:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a atual orientação jurisprudencial que reconhece a responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo**, em face de descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo (grifos da autora).

A legislação trabalhista, objetivando a proteção do menor, proíbe o seu trabalho fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, (CLT, art. 403), e veda o trabalho noturno e perigoso para os menores de 18 anos.

No terreno patrimonial, incumbe aos pais, no exercício do poder familiar, os atributos concernentes à administração e o direito de usufruto, como dispõe o art. 1.689 do Código Civil: "O pai e a mãe, enquanto no

exercício do poder familiar: **I** - são usufrutuários dos bens dos filhos; **II** - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

Os genitores são, em igualdade de condições, responsáveis legais pela administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade, não podendo porém, praticar atos que excedam os limites da simples administração. Existindo divergência entre os ascendentes, poderá qualquer deles recorrer ao magistrado para que o conflito seja solucionado.

Para alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis dos menores, os pais precisam obter autorização judicial, devendo demonstrar “necessidade, ou evidente interesse da prole” (CC, art.1.691). Caso algum dos genitores efetive a venda sem autorização judicial, esta padecerá de nulidade absoluta, por falta de agente capaz, o bem retorna ao patrimônio do filho e o comprador pode reclamar a devolução do preço aos pais. Têm legitimidade para o ajuizamento da ação declaratória de nulidade absoluta, além do próprio filho (quando atingir a maioridade), os seus herdeiros, o representante legal, ou seja, o tutor, se os pais tiverem decaído do poder familiar (CC, art.1.691, parágrafo único), e o Ministério Público (ECA, art. 201, VIII).

Quando no exercício do poder familiar o interesse dos pais colidirem com o do menor, “o juiz lhe dará curador especial” (CC, art.1692). Aqui, não é necessário provar-se que o pai pretende lesar o filho, basta que os interesses de pai e filho sejam divergentes.

Ainda no campo patrimonial, cabe aos pais o usufruto, das rendas dos bens dos filhos menores (CC, art.1.689, I), trata-se de uma compensação dos encargos oriundos da criação e educação dos filhos. Neste caso, cuida-se de usufruto legal, tutelado pelo direito de família, razão por que não se submete às regras do direito das coisas.

Conforme dispõe o art. 1.693 do Código Civil, alguns bens são excluídos da administração parental:

Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

O dispositivo em estudo afasta, por conseguinte, tanto do usufruto quanto da administração dos pais, determinados bens e valores adquiridos pelos filhos em situações específicas elencadas no mencionado artigo.

2 PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

2.1 Considerações iniciais

Quando o relacionamento entre os pais chega ao fim, sejam eles casados, companheiros ou tenham formado outro tipo de convivência (quer dizer, qualquer que seja o título da filiação: filhos nascidos fora ou dentro do casamento, naturais ou socioafetivos), a maior preocupação deles, do magistrado e da própria sociedade civil é quanto à situação dos filhos menores. Por isso, o Código Civil dedica um capítulo inteiro ao assunto, discutindo-se a figura da guarda dos infantes. Deixa-se claro que a guarda a que se refere este estudo é a guarda processual (regulamentada pelo Código Civil nos arts. 1.583 a 1.590), com as modificações promovidas pela Lei nº 11.698/2008, e não à guarda estatutária, pois que esta constitui uma das modalidades de colocação de menor em família substituta (disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 33 a 35), quando ele se encontra afastado do convívio com sua família natural. Portanto, a guarda dita processual nada mais é do que o instituto derivado da própria autoridade parental exercida conjuntamente pelo pai e pela mãe.

Acrescente-se, de logo, que todas as decisões sobre crianças e adolescentes devem ser informadas pelos princípios constitucionais e assentadas na cláusula geral que se reporta ao melhor interesse do menor. Esse, sim, é o sentido e o alcance da proteção que a Constituição Federal manda que se dê a essas pessoas em fase de desenvolvimento biopsicossocial.

Conforme o art. 1.585, § 2º, do Código Civil, em harmonia com a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, responsável por eliminar do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial, cabe aos pais deliberarem a respeito da guarda dos seus filhos nos processos consensuais de divórcio, uma vez que os genitores estão se submetendo a um procedimento amigável de dissolução do vínculo conjugal, destarte, precisam acordar sobre a guarda dos menores ou incapazes, bem como sobre os

alimentos a eles devidos. Obviamente, nada impede que os pais, no arranjo dos alimentos incluam os filhos maiores e capazes que ainda se encontrem sob a dependência econômica deles.

Quando os pais têm apenas filhos maiores, nada ajustam acerca da custódia deles, pois cabe à prole maior e capaz decidir como será sua convivência com eles, e inclusive, com qual dos genitores irá morar.

Nos processos de divórcio consensual, não poderá o juiz homologá-lo se nele não constar cláusula de guarda e do dever de alimentar do genitor não guardião, como também sobre o direito de visitas, se a guarda não for compartilhada. Assim, essas definições sobre os menores e incapazes constituem-se pré-requisitos para homologação judicial do divórcio consensual.

Nesse sentido, leciona o art. 1.121, inciso II, do Código de Processo Civil: “A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá: o acordo relativo a guarda dos filhos menores e ao regime de visitas”.

Esse entendimento é reforçado pelo art.1.583, §2º, do Código Civil, ao conferir ao magistrado a tarefa de atribuir a guarda dos filhos ao ascendente que revelar melhores condições, isso claro, quando os pais não chegarem a um consenso no que concerne à custódia de seus filhos menores, corroborando, desta forma, a indispensabilidade de cláusula que dispõe sobre a guarda e alimentos da prole menor e incapaz, no acordo de divórcio dos cônjuges.

Modernamente, tanto pela Constituição Federal e disposições do Código Civil, quanto pela Emenda Constitucional n. 66 /2010, não se aplica mais o art. 10 da Lei do Divórcio que determinava ser deferida a guarda ao cônjuge que não houvesse dado causa ao fim do vínculo conjugal.

Não é mais discutido, portanto, quem foi o culpado pelo fim da união e sim, qual dos genitores revela as melhores condições para exercer a guarda da prole menor e incapaz, cujos interesses devem sempre sobrepor-se.

A princípio, a guarda dos filhos constitui direito natural dos pais e, sempre que possível, deve ser na modalidade compartilhada. Contudo, se ficar comprovado que eles não devem permanecer em poder da mãe ou do pai, o magistrado deferirá a guarda preferencialmente a pessoa notoriamente idônea

da família de qualquer dos ascendentes, considerando também a afinidade e afetividade dos infantes para com seus parentes.

Para que a guarda do menor seja retirada dos pais e atribuída a terceiros é preciso que existam motivos graves que autorizem tal medida, devendo esta trazer vantagens aos menores.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, na atribuição da guarda o juiz deverá sempre atuar visando o melhor para os infantes, garantido que seus interesses sejam preservados.

Vale ressaltar que a questão da guarda permite revisão, sempre a bem do menor, com alicerce no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada material, apenas formal.

2.2 Princípio do melhor interesse do menor

A atual Constituição Federal prioriza a dignidade da pessoa humana frente a todos os institutos jurídicos. Nesse contexto, e em busca da valorização da pessoa humana em seus mais variados espaços, inclusive no ambiente familiar, nasceu o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Conforme o referido princípio, devem-se resguardar ao máximo, aqueles que se encontram em estado de fragilidade. Os menores situam-se nesta posição por estarem em processo de desenvolvimento e formação da personalidade. Eles têm, assim, o direito fundamental de alcançarem à condição de adultos sob as melhores garantias morais e materiais, segundo o disposto no art. 227 da Carta Magna.

O princípio em estudo deve ser aplicado como vetor axiológico adotado sempre que a discussão posta em causa envolver interesses das crianças e dos adolescentes. Sua inserção no ordenamento jurídico tem o efeito de direcionar a interpretação das regras legais, devendo o mesmo fundamentar a avaliação de qualquer espécie de guarda de filhos, em razão da situação peculiar em que eles se encontram, fase de desenvolvimento e formação, razão por que gozam de proteção especial.

A escolha de cada tipo de guarda deve ser precedida de análises especiais que considerem em cada caso concreto as particularidades e especificidades de todo o núcleo familiar, obedecendo-se em especial o princípio do melhor interesse. Destarte, toda decisão sobre guarda deve ser orientada pelo citado princípio.

2.3 Conceito de guarda

Decorrente do poder familiar, a guarda de filho menor é o exercício conjunto pelo pai e pela mãe do dever de vigilância que integra a autoridade parental de que são titulares. Desse modo, trata-se de um direito-dever dos pais, oponível a terceiros, para garantir sua convivência com os filhos.

A guarda dos filhos é, tacitamente, conjunta, individualizando-se (ou não) quando da separação dos pais. Quando os pais se separam e não acordam sobre a guarda dos filhos menores, cabe ao magistrado fazê-lo, atendendo sempre ao melhor interesse da criança e do adolescente.

2.4 Instituto da guarda no direito brasileiro

Em razão do vínculo jurídico entre pai/mãe e filho menor, pois a guarda decorre do poder familiar e para o exercício deste não basta o liame biológico, emerge o primeiro modelo de guarda, intitulada guarda comum ou originária. Ela não decorre de decisão judicial, mas do reconhecimento da filiação, o que implica em surgimento do poder familiar e, em consequência, do exercício da guarda, em que ambos os pais exercem plenamente todas as atribuições ínsitas ao poder-dever de que são titulares, não existindo, assim, a figura do não guardião.

Com a separação do casal, a família passa por modificações em sua estrutura, surgindo a necessidade de fixação da guarda judicial, situação em que a guarda será deferida segundo a regra do melhor interesse do menor, cabendo ao juiz aplicar, na sua decisão final, a guarda unilateral ou compartilhada, previstas no art. 1.583, *caput*, do Código Civil. Contudo, nada

obsta a fixação de outra modalidade de guarda, dependendo apenas do caso concreto e do atendimento ao melhor interesse do menor.

Mediante interposição de um processo de guarda (quando o casal não é casado entre si), de divórcio, ou, ainda, de alimentos, em ação não consensual, posto que na conseqüente “disputa” pela posse do menor, o magistrado, antes de decidir o mérito da ação, deve determinar a guarda provisória para um dos pais. Essa é uma modalidade de guarda para a situação transitória em que o menor se encontra, uma vez que no julgamento do mérito da ação, será decidida a guarda definitiva, que poderá ser mudada, posteriormente, a depender de fatos supervenientes e da defesa do bem-estar do infante, considerando-se que a decisão judicial sobre guarda não faz coisa julgada material.

2.5 Modalidades de guarda

A guarda é concomitantemente um direito/dever dos pais, incumbindo-se ao guardião, dentre outras atribuições: sustentar, vigiar, amparar, educar e proteger o menor.

O instituto da guarda está voltado para proteção do menor quando da separação dos pais, uma vez que, esta não afeta o exercício do poder familiar. Este é um direito-dever apenas dos genitores. Quando ambos os pais são destituídos desse poder o menor é colocado em uma família substituta que passará a ser a titular da sua guarda. Aqui, não se trata da guarda como um atributo do poder familiar e sim, da colocação do infante em família substituta que pode ocorrer por meio da guarda, tutela e adoção. Assim, O poder judiciário poderá desvincular a guarda do poder familiar, entregando-a a um terceiro, haja vista que a titularidade do poder familiar é somente dos pais.

Embora o Código Civil, art. 1.583, traga a previsão expressa apenas da guarda unilateral e da compartilhada, ela comporta ainda mais duas modalidades cuja aplicação não é vedada: alternada e aninhamento ou nidificação.

A seguir, será feita uma abordagem sobre cada uma das citadas modalidades de guardas, menos a compartilhada, porquanto sobre esta a abordagem será em capítulo próprio.

2.5.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral, também chamada de unipessoal ou única, é atribuída a apenas um dos pais, cabendo ao outro o direito de visitas, todavia, atente-se, ambos continuam a exercer o poder familiar sobre o filho (CC, art. 1.583, § 3º).

Excepcionalmente, quando nenhum dos pais apresenta competência/idoneidade suficientes para o exercício da guarda, uma vez que nenhum deles atenderia o superior interesse do filho, a guarda poderá ser deferida a um terceiro, de preferência parente próximo que, além dos demais atributos legais para o desempenho da função, mantenha com o menor boa relação afetiva.

Como se disse, a guarda unilateral em nada altera a extensão do poder familiar, quanto aos demais direitos e deveres. Tanto quanto o guardião, o genitor que não a detém continua com o dever de participar do poder familiar. Por exemplo, se o filho não está com bom aproveitamento escolar, a responsabilidade pela tomada de decisão que solucione o problema compete a ambos os pais e não somente ao guardião. Enfim, se o filho precisa de aconselhamento, orientação, assistência médica, lazer, manifestações de carinho e afeto etc., nem um nem outro pode se omitir, porquanto guardião e visitante têm as mesmas obrigações de satisfazê-las, na proporção de suas possibilidades financeiras.

Esse modelo de guarda é bastante questionado pela doutrina, uma vez que, acarreta o afastamento de um dos ascendentes, na maioria dos casos, o pai, pois a este restará o direito de visitas.

Assim, segundo Claudete Carvalho Canezin, citada por Maria Helena Diniz (2007, p.395)

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.

2.5.2 Guarda alternada

A guarda na modalidade alternada coloca o menor, por um determinado tempo, em poder exclusivo de um dos pais. Nesses casos, o menor passará a residir em períodos rotativos somente com um dos genitores, em periodicidade que pode ser semanal, mensal e até mesmo anual.

Esse modelo de guarda é bastante criticado em nosso meio, uma vez que privilegia mais os interesses e conveniências dos pais do que o do filho. Ademais, dificulta o desenvolvimento adequado da personalidade da criança, posto que submete o infante a constantes períodos de encontros e separações de seus genitores, cercando sua vida de instabilidade.

2.5.3 Nidação ou aninhamento

Como terceira opção, tem-se a nidação ou aninhamento. Trata-se de modalidade mais conhecida em países europeus, configurando-se bastante estranha à cultura brasileira e, por isso, raramente aplicada. A nidação ou aninhamento foi criada com o objetivo de evitar que o menor fique pra lá e pra cá, indo da casa do pai para a casa da mãe, conforme imposto pelo regime de visitas. Assim, a criança ou o adolescente permanece na mesma residência em que vivia a família antes da separação do casal, e os pais se revezam para fazerem companhia ao filho. Desse modo, os pais moram em seus próprios domicílios, ou seja, em casas diferentes, cada um na sua, mas a filho permanece no imóvel que servia de domicílio familiar.

Entre outros inconvenientes, nesse tipo de guarda os pais precisam ser pessoas ricas ou desfrutarem de uma confortável situação econômica, posto que cada um deles precisa manter, concomitantemente, duas residências: a sua e a do filho.

3 GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Conceito

Guarda compartilhada é o exercício compartilhado pelos pais que não convivem mais como um casal, dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar de que são conjuntamente titulares em relação ao filho menor de idade, modalidade esta que possibilita que as principais decisões inerentes ao *munus publicus* sejam tomadas sempre a dois e ao encontro do superior interesse da criança e do adolescente.

De acordo com o art. 1.583, § 1º, do Código Civil brasileiro, a guarda compartilhada é “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”.

3.2 Fundamentação legal

A modalidade de guarda compartilhada foi inserida no Código Civil brasileiro pela Lei Federal nº 11.698/2008, que modificou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do referido diploma. Ela foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro em atendimento ao princípio do melhor interesse do menor. Destaca-se, também, na Constituição Federal a isonomia insculpida no art. 226 § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Esse dispositivo prevê um tratamento igualitário de direitos e deveres entre o casal, sobretudo quando são pais, quanto ao poder familiar e ao exercício dos deveres de sustento e guarda dos filhos menores.

No entanto, merece ressaltar, antes do advento da acima citada lei não havia vedação para que se aplicasse a guarda compartilhada, daí por que foi crescendo o número de situações em que a escolha recaía sobre tal modalidade e os resultados positivos sempre estimularam a novas adesões.

Na mesma perspectiva, encontra-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, que no art.22 manifesta o mesmo entendimento atribuído ao artigo supracitado. “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Esses regramentos já permitiam a opção pela guarda compartilhada, ainda que tacitamente, por que, no caso, já se dava ênfase ao princípio do superior interesse do menor. Contudo, foi importante a edição da Lei 11.698/2008, porque expressamente ela dá preferência à nova modalidade, a qual só é afastada nos casos em que o melhor interesse do menor aconselha a adoção de outro tipo de guarda.

3.3 Exercício da guarda compartilhada

Nesta espécie, ambos os genitores exercem simultaneamente a guarda de seus filhos, dividindo direitos e obrigações em relação a estes, inclusive o dever de sustento, não existindo, necessariamente, imposição quanto a com quem vão morar. Assim, podem ficar livremente de uma casa para a outra, tendo duas moradias, como também sua residência pode ser fixada na casa de um dos pais, facultada ao outro o convívio com o menor, sempre que lhe seja possível, mas sem obstáculos construídos pela má vontade, como ocorre na alienação parental, assunto a ser abordada mais adiante.

Por outro lado, não se pode negar que a eficiência da guarda compartilhada depende da conscientização do casal sobre a função parental, colocando-a à frente de divergências pessoais, o que, certamente, eleva o grau de cooperação mútua, produzindo reflexos altamente positivos na vida dos envolvidos.

A escolha do tipo de guarda deve resultar de acordo entre o casal. Na falta de entendimento a respeito, compete ao juiz determinar o

compartilhamento, salvo se os genitores se mostrarem exageradamente refratários à prática de cooperação entre si.

3.4 Modelo constitui melhor opção

Não há como deixar de reconhecer que a convivência contínua e harmônica de uma criança ou um adolescente com seu pai e sua mãe é de fundamental importância para a formação de uma personalidade saudável.

Assim, a eficaz aplicação da guarda compartilhada tende a proporcionar uma melhor convivência aos filhos de casal que protagonizou litígio na separação (ou até mesmo consenso), dando-lhes a oportunidade de comungar da companhia, educação e afeição de ambos os genitores, os quais exercem papéis diferentes e indispensáveis na vida dos infantes.

Um dos principais benefícios dessa modalidade de guarda é que, ela pode evitar a "desresponsabilização" do pai que perde a guarda, além de garantir a ininterrupção da relação de cuidados por ambos os genitores, garantindo-lhes o contato próximo e regular, podendo ambos educar seus filhos, transmitindo-lhes valores. Ademais, o menor não se sentirá uma visita na casa do pai ou da mãe, pois o terá duas residências, onde irá adaptar-se às normas e costumes de cada uma, já que o seu sentimento de segurança pode ter sido abalado quando da separação dos pais. Nesta situação, com os pais convivendo civilizadamente como um ex-casal, ele se sentirá protegido, fato que possibilitará ao menor não desencadear um sentimento de culpa, comum em crianças objeto de disputas dos pais.

Na verdade, o referido instituto também objetiva facilitar o desempenho dos papéis parentais, bem como um convívio saudável dos filhos com seus pais, apresentando diversas vantagens para os menores, principais interessados quando o assunto tratado no processo é o instituto da guarda.

A guarda compartilhada por possibilitar o exercício conjunto das decisões concernentes à criação e educação das crianças, distribuindo entre os genitores os atributos e competências próprios do poder familiar, levando-se em consideração os recursos e características pessoais, mostra-se bastante positiva na vida dos filhos de pais separados, posto que nela há uma maior liberdade, garantindo-se aos pais, de forma igualitária, estabelecerem como será a convivência desses com seus filhos.

Por permitir um convívio mais frequente com ambos os pais, a guarda compartilhada também é vista como uma alternativa no combate a Alienação Parental, que decorre da manipulação de um dos genitores ou responsável para que repudie um genitor, ou prejudique sua convivência com o menor.

Ademais, a guarda compartilhada impede que seja conferida ao menor a obrigação de decidir com qual dos pais vai ficar (guarda unilateral), fazendo com que ele perceba que ambos são igualmente importantes para sua formação pessoal, impedindo, inclusive, modificações bruscas no cotidiano dos menores.

Por fim, outra vantagem da guarda compartilhada é que ambos os pais respondem solidariamente pelas possíveis infrações que os menores venham a cometer, reforçando assim, a responsabilidade isonômica dos genitores.

Desta forma, a guarda compartilhada mostra-se como o caminho mais salutar no alcance do exercício do poder parental responsável, garantindo tratamento igualitário, poderes e deveres, entre os pais, conforme determina a Lei Maior, gerando também uma redução no sofrimento das crianças que passam por um processo de separação dos seus genitores, estes que são o referencial e base de apoio daquelas. Tudo isso refletirá de forma positiva no desenvolvimento físico, mental e na vida social dos menores.

4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

4.1 Considerações gerais

Ainda em defesa dos interesses dos menores, quando a decisão judicial recai na guarda unilateral, ao não guardião cabe o direito de visita, isto é, o direito de assegurar a convivência entre ele e o filho (direito de convivência), porque esta é a designação correta, não a que foi contemplada pelo Código Civil. Pai e mãe não visitam filho, eles devem, sim, conviver com o filho. Portanto, onde se lê "direito de visita" entenda-se "direito à convivência".

Preceitua o artigo 1.589 do Código Civil que o ascendente que não ficar com a guarda dos filhos poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o acordado com o outro genitor ou conforme dispuser o magistrado na ausência do consenso. Já o artigo 1.583, § 3º, do Código Civil reforça o dever do ascendente não guardião de supervisionar os interesses dos infantes. Essa disposição visa beneficiar os menores ou incapazes no sentido de poderem manter um proveitoso e rotineiro vínculo de comunicação e afetividade com o genitor não guardião, após a separação de seus pais, e assim proporcionar-lhes meios de alcançar estabilidade afetiva com seus ascendentes. Cabe, ainda, ao não guardião acompanhar e fiscalizar a criação, educação e manutenção do filho.

Assim como ocorre com a guarda e os alimentos, o direito de visitas também não tem caráter definitivo, podendo ser alterado sempre que as circunstâncias o aconselharem. Também não pode ser considerado um direito absoluto, pois, mesmo que o contato com ambos os pais seja, a princípio, a melhor solução no atendimento aos interesses dos menores, em alguns casos esse contato poderá trazer prejuízos aos filhos, principalmente no aspecto moral, preferindo-se então que o genitor visitante seja afastado do convívio, pois todos os impasses devem ser solucionados sob a ótica do princípio do melhor interesse dos menores.

O direito de visitas já foi tido como uma prerrogativa dos pais de terem seus filhos menores e incapazes em sua companhia, quando a guarda desses fosse confiada ao outro genitor ou a terceiros. Atualmente, trata-se de uma

obrigação dos genitores e um direito dos filhos de conviver habitualmente e de forma sadia com ambos os pais.

Quando as visitas eram tidas como um direito dos pais, a falta deles não passava de uma inconsequente violação ao bom senso, pois não era aconselhável forçar uma visitação alimentada pela rejeição e aborrecimentos, ademais, o dever de visitas não ia além do foro de consciência do visitante.

O direito de visita é um dos mais relevantes para os menores e incapazes, posto que visa assegurar a convivência rotineira e saudável deles com ambos os genitores, bem como com todas as pessoas que exercem influência e acentuada importância na formação psicológica, social e familiar dos infantes. Como exemplo, temos os avós, irmãos, padrastos e madrastas, entre outras. Essas pessoas podem desempenhar papéis afetivos importantes na vida dos menores, haja vista que esses sofrem quando seus pais se separam, pois que, às vezes, sobrevém um inadmissível afastamento (o pai "esquece" que tem filho ou ele e o filho são objetos de alienação parental).

Mesmo que tal não ocorra, não convivem mais com a mesma frequência de antes da separação do casal, quando mantinham fortes laços afetivos, indispensáveis ao desenvolvimento adequado do menor. Destarte, à criança e ao adolescente é assegurado o direito à convivência familiar e comunitária (CF, art. 227, *caput*), o que compreende a interação afetiva com as citadas pessoas.

O art. 1.588 do Código Civil trata dos casos em que o pai ou a mãe contrai novas núpcias, situação que não altera o direito de ter consigo seus filhos, não podendo ser retirados dos seus ascendentes por determinação judicial, salvo quando restar provado que os infantes não são tratados convenientemente.

No que concerne ao tratamento conveniente, está inserida aqui a questão da facilitação do contato da prole com o genitor não guardião, não podendo ser aceita pelo bom senso, tão pouco pelo Direito, a obstrução de visitas, situação que se evidencia quando os pais não conseguem superar os desentendimentos conjugais e passam a utilizar a prole como moeda para atingir o outro genitor, sem se importar com o sofrimento que causarão aos filhos.

Em matéria de visita, o interesse do filho é de ordem pública devendo ser apreciado de maneira soberana pelo magistrado, que deverá, ao decidir, considerar alguns fatores, tais como, o interesse da criança, a afetividade existente entre pai/filho ou mãe/filho e o ambiente onde o menor será criado.

O magistrado deve resguardar os infantes de qualquer forma de abuso que possa ser praticado contra eles por seus ascendentes.

Impera no ordenamento o respeito à dignidade humana do filho menor que se encontra em estágio de formação, sendo passíveis de punição e reparação material as obrigações parentais deliberadamente omitidas, cuja desatenção implica em uma afetação moral às crianças e aos adolescentes, acarretando a responsabilidade civil do genitor não guardião e a consequente obrigação de indenizar os menores pelo dano sofrido.

4.2 Punição pelo abandono imaterial

Como foi dito antes, a expressão “direito de visitas” é imprópria, uma vez que pai não visita filho, tem, sim, o poder-dever de com ele conviver. Aliás, a CF, art. 227, *caput*, assegura ao menor de idade o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, daí por que não se trata de mera visita.

O direito de visitas tem por escopo favorecer as relações humanas e estimular a manutenção do vínculo afetivo entre o titular e o menor, ressaltando que, a finalidade primordial é garantir os interesses dos menores em qualquer situação.

Mesmo, antes do advento da EC nº 66/2010, quando se discutia a culpa pela separação, o cônjuge considerado culpado não perdia o direito de visitar seus filhos menores ou incapazes, porquanto não se devem associar conflitos pessoais entre um casal com convivência sadia e afetiva entre pais e filho, ou seja, homem ou mulher pode não merecer elogios como parceiro(a), mas pode ser ótimo pai ou ótima mãe, uma coisa não tem nada a ver com outra.

Por outro lado, sempre que os pais ou algum familiar do menor apresentarem obstáculos ao exercício do direito de visitas, o Poder Judiciário

deve obrigatoriamente coibir tal comportamento, especialmente quando a separação dos genitores não acontece de forma amigável, despertando nestes sentimentos negativos, razão por que acabam transferindo para as crianças e adolescentes, sob a forma de alienação parental, reações deploráveis movidas por sentimentos inferiores (ódio, rancor, vingança etc.). Isso ocorre quando um ascendente passa a dificultar ou até a mesmo a impedir que a prole conviva com o genitor não guardião, instalando-se um processo de afastamento e desamor dos filhos para com o outro ascendente, tudo desenvolvido pela mente desequilibrada do genitor alienador, frustrado pelas sequelas resultantes da separação mal resolvida. Nessas situações, os genitores alienadores agem como se os filhos fossem propriedade sua e tentam demonstrar serem superiores; para isso, começam a destruir a figura do outro perante o menor para, dessa maneira, conseguir eliminar o contato deste com o genitor alienado. Esse processo de afastamento entre pais e filhos acarreta inúmeros prejuízos de ordem psíquica e social aos infantes.

A jurisprudência atual tem deliberado no sentido de o direito de visitas ser passível de execução judicial, inclusive com imposição de multa pecuniária aos pais que não detém a guarda, para que exerçam sua obrigação de manter contato rotineiro e saudável com seus filhos, posto que direito fundamental destes últimos.

A atual jurisprudência tem entendido o direito de visitas como um dever passível de execução judicial, inclusive pela imposição de multa pecuniária através das *astreintes*, sendo certo que os pais têm uma obrigação de contato para com os filhos e se, porventura se olvidam dessa obrigação, por egoísmo ou em vingança contra o outro genitor, seu ex-parceiro afetivo, foi-se o tempo equivocado, em que se entendia inútil forçar a espontaneidade do afeto, devendo sim, ser imposta a pena pecuniária para forçar essa relação que geralmente esconde, de forma impune, um infantil jogo de provocação de adultos que, infelizmente não são suficientemente crescidos para perceberem que seus atos infantis afetam negativamente seus filhos, sendo salutar que o Estado-juiz force, através de ameaça financeira, os progenitores sem a guarda a exercerem o direito de visita, pois só desse modo podem se dar conta de que existem outras formas de destilar seu ódio pelo amor conjugal que se desfez (MADALENO. 2011, p.436).

Nesse contexto, foi instituído no nosso ordenamento um importante instrumento jurídico em substituição à busca e apreensão de menores, que continua em vigor pelo CPC, nos casos em que o guardião cria impedimentos para o normal curso do direito de visitas. Trata-se da multa que tem vasta incidência na execução de obrigação de fazer, como ocorre no direito de visita, podendo ser cominada nos casos de inadimplemento de acordo, ou da precisa deliberação das visitas.

As *astreintes* configuram-se como um salutar instrumento no combate à criação de obstáculos ao direito de visitas.

A busca e apreensão foi desconsiderada, embora continue prevista no CPC, porque constitui um instrumento bastante agressivo, em relação à criança. Ela não compreende porque a Polícia veio buscá-la, tirá-la abruptamente do pai ou da mãe com quem estava, enfim, de tão inusitada se afigura a situação que a criança pode até se apavorada e criar trauma. Fora isso, o chamado "direito que mexe no bolso", efetivado pela *astreinte*, produz mais eficácia do que a citada cautelar.

4.3 Direito de convivência entre avós e netos

O Código Civil trata, em seu art. 1.589, parágrafo único, sobre o direito de visitas dos avós. Todavia, a jurisprudência já vinha assegurando a eles esse direito como imperativo da lei natural de solidariedade familiar, uma vez que também participam, ainda que indiretamente (ou até direta e unilateralmente), da criação e formação dos netos, com cuidados, orientações, carinho e afeto que vão além do círculo paterno. Fora isso, se o Código Civil obriga os avós a contribuírem para a subsistência dos netos na falta de condições materiais dos pais, nada mais justo do que assegurar-lhes também a convivência com eles, exercitando sua afetividade com os pequenos e dando-lhes apoio emocional a por meio do convívio familiar.

Como foi dito, o art. 227, *caput*, da Carta Magna, assim como o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, asseguram à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, compreendendo-se nesse contexto o direito à comunicação e ao convívio familiar dos menores com sua família extensa, parentes próximos que mantêm vínculos de afinidade e afetividade com os menores.

O contato entre netos e avós é de grande valia no desenvolvimento sadio da personalidade dos descendentes, uma vez que já passaram pela experiência de serem pais, podendo agora utilizar todo seu aprendizado na formação e educação dos filhos para complementar a orientação dada pelos novos pais aos seus netos.

Não raro, ao término de um relacionamento amoroso, seja conjugal ou não, surgem desavenças e ressentimentos entre o casal, tendentes à vingança e represália praticadas pelo ex-parceiro que não aceita a separação. Então, de forma totalmente arbitrária e condenável, utiliza-se de ardis para induzir os filhos comuns, menores de idade, a se distanciarem do outro genitor, a fim de fazê-lo sofrer, afastado-os, assim, propositadamente, como também a seus familiares (trata-se de caso de síndrome da alienação parental). O citado alijamento pode conduzir a sentimentos de rejeição do filho pelo pai, causa de desamor e desapego, exatamente como é o desejo do alienador.

Por isso, considera-se muito oportuna a edição da Lei nº 12.398/2011, que criou um parágrafo único no art. 1.589 do Código Civil, com a seguinte redação: "Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente."

Igualmente, mudou a redação do inciso VII do art. 888 do Código de Processo Civil, para dispor que: "VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós". A lei buscou assegurar aos avós a manutenção do relacionamento afetivo com os netos, tutelando, ao mesmo tempo, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar.

5. ALIENAÇÃO PARENTAL

5.1 Conceito

O convívio familiar sadio é um direito das crianças e dos adolescentes garantido pela Constituição Federal de 1988, constituindo-se prerrogativa fundamental, tendo em vista que, o núcleo familiar representa o primeiro espaço de convivência responsável pela formação dos valores que nortearão a formação da personalidade das crianças, influenciará seu comportamento para com a comunidade que o cerca, bem como para consigo mesmo.

Os pais não deixaram de serem pais após o divórcio ou a separação. Por evidente, o divórcio não extingue a família, ele apenas dissolve o casamento. O afastamento dos genitores não deve resultar na privação para a criança do contato com nenhum deles. É obrigação do detentor da guarda, seja o pai ou a mãe, garantir ao filho menor o direito de conviver com seu outro genitor, haja vista que ambos são igualmente importantes para a formação da sua personalidade. Porém, isso muitas vezes não ocorre, pois é frequente o não cumprimento desse dever por parte do genitor guardião. O que se tem em grande número dos casos que envolvem disputa de guarda, é a oposição de obstáculos por parte do genitor guardião à convivência da prole com o outro genitor.

Caso algum dos pais venha a impedir o contato da criança ou adolescente com outro, deverá necessariamente apresentar uma justificativa plausível ao Judiciário, o que nem sempre acontece.

Foi nesse contexto que na década de oitenta o psiquiatra norte-americano Richard A. Gardner, a partir da análise comportamental de crianças e adolescentes filhos de pais separados, constatou a ocorrência de um fenômeno que ele denominou de Alienação parental. Gardner verificou que vários menores haviam sido privados da companhia de um dos seus genitores, situação esta que teria sido causada pela atuação do genitor guardião (alienador), com o escopo de impedir que o outro genitor (alienado)

participasse do cotidiano da prole, por meio de uma campanha de desmoralização e desconstituição da sua imagem como pessoa e pai (ou mãe).

O fenômeno da Alienação Parental, segundo Gardner, ocorre quando um dos genitores utiliza-se de artifícios sutis e de forma persistente para instalar uma campanha de desmoralização e descrédito da imagem do outro progenitor. Os menores seriam programados para internalizarem sentimentos negativos em face do outro genitor. Na persistência dessa conduta, os filhos poderão passar a ter uma visão deturpada da figura do genitor alienado, que muitos denominam de “implantação de falsas memórias”.

Quando as tentativas de negativismo da figura do genitor alienado deixam de ser apenas uma atitude irresponsável do progenitor alienador, e passa a fazer parte da convicção do menor como se verdade fosse, provocando o desafeto deste para com o pai (ou mãe) vítima da alienação, estará instalada a Síndrome da Alienação Parental, estado mórbido que é consequência direta da Alienação Parental.

Destarte, a Alienação Parental seria a desmoralização da figura parental efetivada por uma dos genitores ante a criança. Trata-se de prática de diversas atitudes por um dos pais ou até mesmo por um terceiro que participe do cotidiano do menor, objetivando transformar o genitor alienado em um estranho para o filho, afastando-o do seu convívio.

Muitos especialistas vêm se dedicando ao estudo dessa perturbação emocional e vários são os conceitos formulados. A seguir, alguns registros:

Alienação parental é 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 em sua companhia para que repudie genitor ou que cause prejuízo à manutenção de vínculos com este (ROSA, 2010, p. 1).

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança

ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor (TRINDADE, 2007, p. 113).

Alienação Parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização, de marginalização desse genitor. Manipulada com o intuito de transformar esse genitor num estranho, a criança então é motivada a afastá-lo do seu convívio. Esse processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não está restrito ao guardião da criança. Há casos em que a Alienação Parental é promovida pelos Avós, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa com relação parental com a criança ou não, a fomenta. A Síndrome de Alienação Parental diz respeito aos efeitos emocionais e as condutas comportamentais desencadeados na criança que é ou foi vítima desse processo. Grosso modo, são as sequelas deixada pela Alienação Parental (XAXÁ, 2008, p. 19).

A Lei nº 12.318/10 (Lei da Alienação Parental), em seu art. 2º, conceitua a Alienação Parental:

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.

A Síndrome da Alienação Parental representa os efeitos emocionais e comportamentais desencadeados no menor que foi vítima da prática da Alienação Parental.

Assim, a Alienação Parental configura-se no exercício arbitrário do poder parental pelo guardião, que se aproveita da ascendência sobre o filho e da proximidade que lhe é permitida pelo exercício da função para induzi-lo a repudiar o outro genitor e, em muitos casos, seus demais parentes, podendo desencadear a Síndrome da Alienação Parental.

5.2 Situações denotativas da Alienação Parental

A Lei 12.318/10 no art. 2º, parágrafo único, aponta hipóteses exemplificativas que podem caracterizar a ocorrência da alienação parental. Esses atos tanto são praticados por um só dos genitores, diretamente, como com a ajuda de terceiros.

Art. 2º

...

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.

Como se trata de um rol exemplificativo, diversas outras atitudes também podem se manifestar, de acordo com o caso concreto, configurando a ocorrência da Alienação Parental.

Quando a ocorrência das hipóteses aqui mencionadas provoca alterações psicológicas e emocionais nas crianças e adolescentes, tem-se a efetivação da Síndrome da Alienação Parental.

5.3 Tutela jurisdicional e apoio multidisciplinar no reconhecimento da Alienação Parental

Uma vez reconhecido o processo de Alienação Parental, faz-se necessária à atuação do Poder Judiciário, com o escopo de impedir que esse processo venha a desencadear a Síndrome da Alienação Parental.

Os profissionais do direito, que atuam na área do Direito de Família, necessitam de um aparato judicial diferenciado, tendo em vista que lidam com situações delicadas que envolvem interesses indisponíveis, como os das crianças, que podem ser prejudicados se não forem avaliados de forma detalhada e intensa, mas por especialistas.

Nessa avaliação, é imprescindível um suporte judicial eficiente que dê assistência para a efetivação da democratização da Justiça e a concretização dos direitos fundamentais dos menores, bem como dos pais e familiares envolvidos na demanda.

Na seara do direito de família é muito importante que o julgador, além de capacitação profissional que o qualificou para o cargo, tenha bom senso, sensibilidade, conhecimentos em psiquiatria e psicologia jurídica, para não ficar totalmente alheio quando se deparar com os laudos que deverá analisar. É preciso que esses profissionais tenham uma visão vasta daquilo que julgará.

Observe-se que não se trata de exigir do juiz, que não é um psicólogo, que identifique a ocorrência ou não da Alienação Parental, porém, o que não se deve admitir é que, diante da presença de elementos apontadores, não atuem determinando as providências adequadas, como o encaminhamento dos envolvidos a tratamento especializado sob a responsabilidade de profissionais que detêm conhecimento técnico para o diagnóstico da Alienação Parental e da Síndrome da Alienação Parental.

Nesse contexto, faz-se imperiosa a presença nos tribunais de alguns profissionais, tais como: psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais. Esses

especialistas atuam detectando problemas emocionais, a exemplo da Alienação Parental e demais situações que exijam conhecimentos específicos para serem reconhecidas.

No caso da Alienação Parental, a sua identificação é muito difícil, pois seus sintomas, à primeira vista, podem assemelhar-se a alguma espécie de trauma psicológico. Assim, é necessário ampliar o aparato judicial colocado à disposição dos tribunais que julgam as causas de família, para que os interesses das crianças possam ser protegidos, garantindo-se a tutela ativa e eficiente da dignidade de todos os envolvidos, levando-se em consideração que na ocorrência da Alienação Parental a imagem do guardião alienado é marginalizada não só em relação aos menores, como também frente à comunidade em que habita.

5.4 Consequências da Alienação Parental sobre os filhos

A Síndrome da Alienação Parental é uma das principais consequências desencadeadas pela prática da Alienação Parental, contudo, não é a única, há um leque imenso de sequelas de natureza moral e psicológica que prejudicam os menores vítimas desse processo.

O jurista Marco Antônio Garcia de Pinho, em seu artigo intitulado “Nova Lei 12.318/10 - Alienação Parental”, cita diversas consequências para as vítimas dessa prática, baseado em dados fornecidos pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família):

1) Isolamento – a criança isola-se do mundo que a rodeia, adotando uma postura ensimesmada, como forma de retratar o abandono e o vazio que sente, os quais não podem ser supridos senão pela figura do próprio genitor alienado (pai ou mãe).

2) Baixo rendimento escolar – a criança desenvolve uma aversão à escola, não participa das atividades, não se socializa com os demais colegas

de turma, não realiza as atividades propostas pelos professores, adotando uma postura de total apatia.

3) Depressão, melancolia e angústia – são sintomas bastante recorrentes, manifestam-se em diferentes graus de acordo com as condições pessoais de cada criança.

4) Fugas e rebeldia – os filhos tentam com essa atitude chamar a atenção e fazer com que o genitor ausente se compadeça de sua situação e volte para casa.

5) Regressões – adota uma atitude relacionada a uma idade mental inferior à sua, como uma forma de "retornar" a uma situação anterior onde o conflito não existia; também ligado à perda do referencial paterno (ou materno).

6) Negação e conduta antissocial – a criança passa a negar o processo de separação dos pais, ao mesmo tempo em que o internaliza. Por outro lado, de forma consciente ou inconsciente reconhece o dano que seus pais vêm lhe causando e adota um comportamento antissocial, como forma de puni-los.

7) Culpa – a criança se sente culpada e responsável pela separação dos pais.

8) Aproveitamento da situação-enfrentamento com os pais – a criança se beneficia da situação, adotando-a como desculpa para seus fracassos e mau comportamento.

09) Indiferença – a criança adota uma postura de total alheamento da situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder familiar deve ser exercido de forma igualitária por ambos os genitores, independentemente do relacionamento existente entre eles, e, até mesmo quando não exista qualquer forma de relacionamento, posto que se trata de um poder/dever resultante, apenas, do reconhecimento da prole pelos pais.

Com a separação do casal ou falta de consenso sobre a convivência com os filhos, nos casos em que não há condição de diálogo entre os pais, surge uma delicada questão, qual seja, a atribuição da guarda dos infantes.

Caso os genitores acordem como será o convívio deles com os menores, sem desobediência à lei, a Justiça homologará o acordo, do contrário, quem deve decidir como os pais irão conviver com os filhos é o magistrado.

Instado por ambos os ascendentes, ou por apenas um deles, o juiz, ao decidir, deverá fazê-lo com observância ao princípio do melhor interesse do menor, haja vista tratar-se de princípio basilar do instituto da guarda.

Nessa perspectiva, viu-se que a guarda compartilhada, modernamente, deve ter preferência sobre os demais modelos, só podendo ser afastada quando contrariar os interesses dos menores, posto que se apresenta como o modelo mais eficaz no combate ao exercício do poder familiar irresponsável e egoísta, tendo em vista que possibilita aos pais igualdade de convivência e contato com os infantes, e em especial, ela possui o importante efeito de restringir a prática da Alienação Parental e a consequente Síndrome da Alienação Parental. Embora tudo isso seja muito importante na definição da guarda, o mais importante mesmo é que a guarda compartilhada tutela, realmente, com mais eficácia o direito dos menores à convivência familiar e comunitária.

Fora isso, ela funciona como um poderoso antídoto contra a manipulação de situações e a construção da Alienação Parental, bem como do conseqüente surgimento da Síndrome da Alienação parental, considerando-se que, como o filho está sob a guarda imediata de ambos os pais, não poderá ser usado como instrumento para que um deles, em face de uma separação mal resolvida, possa exteriorizar sentimentos mesquinhos, tomando-o como meio de alienar ao outro, a despeito dos deploráveis efeitos colaterais que tal atitude produz contra o próprio menor.

Como é visto frequentemente, nas disputas de guarda em que não há o consenso dos pais, essa nefasta prática se faz presente e pode causar danos irreversíveis às crianças e aos adolescentes. Assim, o Judiciário deve estar atento a essas situações, almejando sempre, o melhor para os infantes.

Destarte, conclui-se que, quando da atribuição da guarda, o magistrado deverá preferir a aplicação da guarda compartilhada, pois, o próprio Código Civil reconhece ser esta a modalidade de guarda que melhor resguarda a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes filhos de pais que não mais formam um casal, salvo se a medida se mostrar impraticável diante da absoluta falta de condições de diálogo entre o ex casal, o que seria atentatório ao superior interesse do menor.

REFERÊNCIAS

BARREIRO, Carla Alonso. **Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=574>. Acesso em 04 ago. de 2011.

BARRETO, H. D. Lucas. **Considerações sobre a guarda compartilhada.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4352/consideracoes-sobre-a-guarda-compartilhada>. Acesso em 01 ago. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional número 70 de 29 de março de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm. Acesso em 03 de janeiro de 2012.

_____. Lei nº. 12. 318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 01 set. 2011.

_____. Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em 01 set. 2011.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

_____. Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009. **Altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990, revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em 03 de maio de 2012.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 01 de maio de 2012.

_____. Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 10 de abril de 2012.

_____. Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.** Disponível em:

<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>. Acesso em 13 de abril de 2012.

_____. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em 12 de abril de 2012.

_____. Lei 12.398 de 28 de março de 2011. **Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm. Acesso em 05 de fevereiro de 2012.

CANEZIN, Claudete Carvalho. IN: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro , v. 5: direito de família.** 22. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva 2007.

CLARINDO, S. Aniêgela. **As falsas acusações de abuso sexual como instrumento de genitores alienadores.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18611/as-falsas-acusacoes-de-abuso-sexual-como-instrumento-de-genitores-alienadores/2>. Acesso em 01 ago. 2011.

DANTAS, Stephanie de Oliveira. **Síndrome da Alienação Parental.** Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/monografias>. Acesso em 03 de mar. de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito das famílias.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 5: direito de família.** 22. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze et PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Vol. VI: Direito de Família- As Famílias em Perspectiva Constitucional/** Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. VI: direito de família.** 5. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família/** Rolf Madaleno- Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.2: direito de família.** 37. ed. rev. atual. Por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, José Antônio Cordeiro de. **Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=730>. Acesso em: 01 de mar. de 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PINHO, Marco Antônio Garcia. **Nova Lei 12.318/10- Alienação Parental.** Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3329. Acesso em 12 de mar. de 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 6 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TRINDADE, Jorge. **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: direito de família.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010-coleção direito civil: v. 6.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A Síndrome da Alienação Parental e o Poder Judiciário.** Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/17321660/5/DIFERENCA-ENTRE-SAP-E-ALIENACAO-PARENTAL>. Acesso em: 06 de mar. de 2012.