

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URIGUAI E DAS
MISSÕES - CAMPUS ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

FABIULA ZATTI

**PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR NA DEFINIÇÃO
PELA GUARDA COMPARTILHADA E OS REFLEXOS NO COMBATE
A ALIENAÇÃO PARENTAL**

**ERECHIM
2016**

FABIULA ZATTI

**PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR NA DEFINIÇÃO
PELA GUARDA COMPARTILHADA E OS REFLEXOS NO COMBATE
A ALIENAÇÃO PARENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim, como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori

ERECHIM

2016

Decálogo dos filhos que não vivem com os pais

1. Teus filhos necessitam de ti, não importa quão pobre e humilhado te encontres, ninguém pode dar-lhe o que tu podes, para ele és único e insubstituível.
2. Não te permitas dormir pensando que talvez o verás amanhã. Ele te necessita hoje.
3. A necessidade que te faz querer estar com ele é primeiro tua necessidade de dar-lhe amor, mas ele também necessita dar o amor que tem para ti.
4. Teus filhos não são teus filhos por que não são objetos que podem ter dono. Em vez de lutar para apropriar-te deles, luta por sua liberdade.
5. Um pai tem a obrigação de permitir a seus filhos que escolham respeitá-lo ou não respeitá-lo, se realmente lhes permites escolher, ao menos te respeitarão por isto. Como este é um assunto entre pai e filho, ninguém deveria interferir. Isto te dá outra obrigação: a de cuidar sua liberdade de escolher.
6. Que o que te leve a lutar por teu filho seja teu amor por ele. Não permita que o motivo pelo que lutas seja o ódio e o rancor contra quem te impede de vê-lo.
7. Vivemos numa época da história em que o homem que está separado é desvalorizado como pai. Se decidiste lutar para mudar as coisas em vez de deixar-te dominar pela corrente és um herói, mas o papel heróico que terás na história não será recompensa suficiente se não observares o triunfo de tua luta individual no presente.
8. Não te deixes convencer por quem crê que tua causa é absurda ou impossível de alcançar.
9. O verás hoje? então prepara-te para uma festa: não importa quão breve ou injustamente limitada sejam as circunstâncias em que o veja, abandona as penas e as iras, desfruta e aproveita os minutos que tenhas, estando se possível longe do mundo . Teu contato é mais importante que os presentes ou o parque. Deixa que te invada tua infância e te mantenha atento aos jogos que possam dar passo a magia.
10. A única diferença entre ser mamãe e ser papai é que as mães podem amamentar de seu seio. Os papais não o podem, mas podem oferecer a mamadeira. Todo o mais será absolutamente igual. (APASE, 2008)

RESUMO

Com a extinção da entidade familiar entra em cena a disputa pela guarda dos filhos, muitas vezes os genitores frustrados pelo fim da união usam os filhos como arma para atingir o antigo parceiro desencadeando assim a alienação parental que está positivada na lei nº 12.318/102012. Em 2014 a lei nº 13.058 que trata sobre a guarda também sofreu alteração justamente para aproximar ambos os pais do convívio com seus filhos tentando assim evitar a alienação parental, essa lei tornou a guarda compartilhada como regra mesmo em caso de não houver consenso entre os pais. No entanto a aplicação da lei deve observar o princípio do melhor interesse do menor para que os interesses do menor se sobreponham ao dos pais. Ao estudar a família e o poder familiar a guarda e suas modalidades e alienação parental a partir do princípio do melhor interesse do menor, objetiva-se verificar e analisar a guarda compartilhada se é eficaz frente a alienação parental e da possibilidade e impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse do menor. O método utilizado foi o indutivo, analítico descritivo através da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Princípio melhor interesse do menor. Guarda compartilhada. Alienação parental.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 FAMÍLIA: BREVES CONSIDERAÇÕES	8
2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	8
2.2 DO PODER FAMILIAR.....	10
2.3 EXTINÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR.....	13
3 A GUARDA E SUAS MODALIDADES	16
3.1 CONCEITO DE GUARDA	16
3.2 MODALIDADES DE GUARDA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	18
3.2.1 Guarda unilateral	18
3.2.2 Guarda compartilhada	19
3.3 OUTRAS MODALIDADES DE GUARDA	21
3.3.1 Guarda nidal	21
3.3.2 Guarda alternada	21
4 DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS E SANÇÕES	23
4.1 CONCEITUAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL	23
4.2 GENITOR ALIENANTE E FORMAS DE ALIENAÇÃO	24
4.3 CONSEQUÊNCIAS PARA AS CRIANÇAS ALIENADAS	26
4.3 SANÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL	27
5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO	29
5.1 CONCEITUAÇÃO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	29
5.2 GUARDA COMPARTILHADA COM O INTUITO DE EVITAR A ALIENAÇÃO PARENTAL	31
5.3 DA POSSIBILIDADE E (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	32
6 CONCLUSÃO	38

REFERÊNCIAS	40
--------------------------	----

1 INTRODUÇÃO

O objeto da pesquisa monográfica é analisar a (im)possibilidade de se aplicar o princípio do melhor interesse do menor na definição pela guarda compartilhada e os reflexos no combate a alienação parental.

O Princípio do melhor interesse do menor está reconhecido na Constituição Federal de 1988, no artigo 227 que assegura todos os direitos concernentes para que a criança possa se desenvolver de forma saudável, destacando se o direito a convivência familiar. No ano de 1990 surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente que veio a reforçar ainda mais tais direitos.

Com as dissoluções das uniões, junto vem a disputa pela guarda do menor. A partir de 2014 a Lei nº 13.058 alterou alguns dispositivos que tratam sobre a guarda no Código Civil brasileiro trazendo novos regramentos, a guarda compartilhada passou a ser de imposição obrigatória mesmo quando não há consenso entre os pais o objetivo sede evitar a alienação parental uma vez que os pais participaram mais da vida dos filhos. Com isso deve ser verificado no momento da definição da guarda compartilhada se está ou não atendendo o princípio do melhor interesse do menor.

Na primeira seção será tratado sobre o conceito de família, bem como discorrido sobre o poder familiar, que é um direito a ser exercido por ambos os pais e que não se extingue com a ruptura conjugal, e também será abordado sobre a extinção da entidade familiar.

Com a extinção da entidade familiar passa-se a tratar sobre o conceito de guarda e suas modalidades, no segundo capítulo, sendo também abordada a questão da alienação parental sua conceituação, as formas de alienação, as consequências para as crianças alienadas e as sanções previstas no ordenamento jurídico.

E por fim, no último capítulo será tratado sobre o Princípio do melhor interesse do menor, bem como será analisado o aspecto de a guarda compartilhada inibir ou

não a alienação parental e se a modalidade de guarda compartilhada é a mais indicada frente ao princípio do melhor interesse do menor.

A metodologia a ser utilizada no presente estudo é através de pesquisa bibliográfica, com método analítico descritivo.

2 FAMÍLIA

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

O caput do art. 226 da Constituição Federal dispõe que a família é base da sociedade, e por assim ser, necessita de especial proteção do Estado.

Segundo a definição de Coelho:

Para o direito, família é o conjunto de duas ou mais pessoas vinculadas por relações específicas, tais as de conjugalidade, ascendência e descendência, fraternidade e outras. No passado, definia-se em função de fatores biológicos, que, aos poucos, foram substituídos por vínculos de afeição. Em paralelo, o direito de família apresenta a irrefreável tendência à despatrimonialização das relações familiares. (COELHO, 2012 p.46)

O conceito de família vai além da esfera jurídica, é um produto da nossa evolução histórica, sendo alterado e abrangido seu conceito com o passar dos anos, o modelo único que era formado por pai e mãe unidos pelo casamento não é mais o único modelo admitido e várias estruturas familiares surgiram, saindo do mundo fático e passando ter grande relevância no mundo jurídico.

Ainda neste sentido Dias frisa que:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. Como a lei vem sempre depois do fato, congela uma realidade dada. As modificações de realidade acabam se refletindo na lei, que cumprem sua vocação conservadora. A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima de todo o direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar,

possuem uma função lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos - sem, entretanto, necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de afeto e respeito. (DIAS, 2011 p.27)

A vida em comunidade é baseada em diversas formas de composição familiar, nas quais as pessoas dedicam suas vidas para proporcionar bem-estar para aqueles que estão à sua volta, baseados em relações de afeto e de companheirismo. Coelho, ao tratar dos diversos modelos de família, destaca diferentes estruturas familiares:

Centrada apenas no ambiente urbano, podem-se divisar os mais variados tipos: há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciados e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo, esposa e o filho biológico de um deles havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo; casais não casados, com seus filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas etc. (COELHO, 2011, p. 20).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 23) “o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável. ”

Dias (2011) afirma que a família continua mais empenhada do que nunca em ser feliz, onde a manutenção da família visa buscar a felicidade, não sendo mais obrigatório manter a família, ela somente sobrevive quando vale a pena.

Para compreender qual a importância do poder familiar para as questões relacionadas a guarda e a alienação parental passa-se a discorrer sobre ele.

2.2 DO PODER FAMILIAR

Segundo Dias (2011) no Código Civil de 1916 o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo marido como cabeça do casal, cabendo ao homem exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a mulher era incumbida de tal tarefa.

A redação da Lei nº 4.121/62 no seu art. 380 (Estatuto da Mulher casada), passou a assegurar o pátrio poder para ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da esposa, mas havendo divergência entre os genitores era a vontade do pai que prevalecia.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. 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. (BRASIL, 1962)

Para Dias (2011) somente com a Constituição Federal de 1988 em seu art.5, § 1 trouxe o tratamento isonômico entre homem e mulher e com a redação dada pelo art. 265 § 5º que assegurou direitos e deveres iguais em relação a sociedade conjugal, outorgou a ambos os genitores o desempenho igualitário do poder familiar.

Segundo o doutrinador Venosa (2011) “o poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes-deveres, exercidos conjuntamente por ambos os progenitores.”

Nesse sentido a Lei nº 8.069/90 no art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente acentua que :

Art. 21. O poder familiar 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. (BRASIL,1990)

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.631 (BRASIL, 2002) trata que:

Art. 1.631. 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.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao de juiz para solução do desacordo. (BRASIL, 2002)

Segundo Dias (2011, p.425) “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível.”

Ainda nesse sentido Gonçalves (2010) aduz que o poder familiar é irrenunciável pois os pais não podem desobrigar-se do poder familiar pois se trata de um dever função, apenas o seu exercício é divisível. É considerado intransferível pois não pode ser transferido a outras pessoas pelos pais seja a título oneroso ou gratuito, pois decorre da paternidade natural ou legal, assim sendo os pais que consentem na adoção não transferem o pátrio poder, mas sim renunciam a ele e é considerado imprescritível pois não se extingue pelo fato dos genitores deixarem de exercê-lo.

O artigo 1.635 do Código Civil Brasileiro dispõe que:

Art. 1.635. 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

As causas que determinam a suspensão do poder familiar estão elencadas no artigo 1.637 do Código Civil, sendo elas abuso de autoridade, faltar com os deveres paternos, dilapidar os bens do filho ou ainda se o pai ou a mãe sofrer alguma condenação por sentença irrecorrível, por crime cuja pena exceda dois anos de prisão. A suspensão pode ser requerida por algum parente ou pelo Ministério Público e

caso seja deferido, o pedido acarretará ao pai suspenso a perda de alguns direitos em relação ao filho, sem prejuízo do dever de prestar alimentos.

A destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos pais, as causas que determinam a destituição do poder familiar estão elencadas no artigo 1.638 do Código Civil que trata que perderá o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1637.

Dias elucida que:

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres que lhe são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou dignidade do filho. (DIAS, 2011, p.434).

Venosa (2011, p.318) “a suspensão é medida menos grave do que a destituição ou perda porque cessados os motivos, extinta a causa que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal. ”

O poder familiar é um direito-dever de ambos os pais e somente pode haver suspensão e destituição quando for devidamente comprovado que os atos que os pais estão praticando estão ferindo o direito dos filhos.

Não ocorre a perda do poder familiar com a dissolução do casamento ou união estável e para compreender o assunto passa-se a discorrer sobre ele.

2.3 A EXTINÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

O Código Civil em seu artigo 1.571 estabelece que a sociedade conjugal se extingue com a morte de um dos conjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação e pelo divórcio.

Na dissolução do casamento e da união estável por morte de uma das pessoas que forma o casal, há diferenças apenas em razão do regime de bens, ficando a guarda dos filhos sob a responsabilidade do genitor sobrevivente.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição que previa a dissolução do casamento pelo divórcio, mas exigia a separação judicial prévia, com a decorrência do prazo de um ano, ou uma separação de fato de dois anos. A respeito do tema Maria Helena Diniz nos esclarece que:

A sociedade conjugal termina, portanto, com a separação (judicial ou extrajudicial), e o vínculo matrimonial com a morte de um dos cônjuges, invalidade do casamento, divórcio e presunção de óbito do consorte declarado ausente. Engloba, portanto, na mesma disposição os casos de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, distinguindo, dessa forma, a sociedade conjugal e o casamento. (DINIZ, 2011, p.264)

O divórcio dissolve o casamento civil, podendo, ocorrer de forma consensual ou litigiosa. Sendo que o divórcio consensual poderá ser judicial ou extrajudicial, de acordo com cada situação

Em caso de divórcio consensual é necessário observar algumas formalidades, pois se o casal tem filhos menores ele somente poderá ser extinto perante o Poder Judiciário e na presença de um juiz de direito. Todavia, caso eles não tenham filhos menores e haja acordo entre as partes, poderá o divórcio ser realizada por escritura pública em um tabelionato de notas, com assistência de advogado ou defensor público.

O Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, assim prevê:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados

por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o [art. 731](#). (BRASIL, 2015)

A extinção da união estável ocorre no plano dos fatos, assim com a sua constituição, bastando provar que não há mais a união com testemunhas, que é a principal e a mais usada, ou outro meio de demonstrar a separação. Entretanto, se houver patrimônio, deverá ser reconhecida/dissolvida a união estável judicialmente.

Ressalta-se que, conforme previsto no artigo 1.579 do Código Civil, o divórcio não alterará os direitos e deveres dos genitores com relação aos filhos.

Neste mesmo sentido, dispõe o Silvio de Salvo Venosa:

Nenhum dos pais perde o poder familiar, com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visita. (VENOSA, 2011, p.305)

Assim Venosa (2011) aduz que mesmo a separação judicial ou o divórcio, nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar, o poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento.

E no presente ordenamento jurídico brasileiro a conclusão não poderia ser diferente, pois no artigo 1.579 do Código Civil:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo. (BRASIL, 2002)

Da mesma maneira que a nossa Constituição Federal de 1988 consagra um direito fundamental ao casamento, ela institui claramente um direito a não permanecer casado, um direito à dignidade e à felicidade pessoal por meio da dissolução do vínculo matrimonial, a dissolução de um projeto afetivo comum que, de certa forma, fracassou.

O Código Civil, depois de tratar da separação judicial e do divórcio, dedica um capítulo à proteção da pessoa dos filhos o qual será abordado no próximo capítulo.

Ultrapassada esta preliminar acerca do poder familiar, de suma importância no presente trabalho, passa-se a analisar as principais noções sobre a guarda.

3 GUARDA E SUAS MODALIDADES

3.1 CONCEITO DE GUARDA

Trata-se de um direito-dever que ambos os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos. A expressão guarda pode ser interpretada de diversas maneiras, proteção, vigilância, segurança.

Conforme ensinamento de Silvio Rodrigues:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos dos filhos. (RODRIGUES 1995, p. 344).

A questão de quem fica com a guarda se modificou com o decorrer dos anos, diante das evoluções sociais a mulher ganhou espaço no mercado de trabalho, e aquela visão onde o filho somente seria bem cuidado se ficasse sob a guarda da mãe está ficando para trás, tornando os pais mais conscientes da sua importância e seu fundamental papel na vida do filho. Nesta linha de raciocínio é o entendimento de Conrado Paulino da Rosa:

Houve um tempo em que o bem-estar dos filhos coincidia com a guarda materna. As concepções jurídicas e culturais se misturavam. Por força da divisão sexual do trabalho, consagrada por séculos em nossa sociedade, a mulher foi religada aos limites do lar, ao passo que ao homem foi dado desempenhar o papel de provedor. Por isso, o papel de criação dos filhos estava intrinsecamente vinculado a figura materna. Nos últimos tempos muito se avançou para a mudança desse quadro. Contudo, reiteradamente ideia subjacente parece ser a de que a mãe é figura imprescindível, enquanto o pai é dispensável na criação dos filhos. No entanto, podemos dizer que um dos determinantes do ajustamento da criança a separação dos pais e à vida em geral é o envolvimento ininterrupto dela com ambos os genitores. (ROSA, 2015, p.50)

Ana Maria Milano Silva (2005, p.72) destaca que “a ingerência do homem nos cuidados com a prole mostrou-se benéfica aos filhos e abriu uma nova e necessária reflexão nas decisões judiciais de guarda, quando do término das uniões conjugais.

O artigo 33, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, in verbis , dispõe que a guarda implica na prestação de assistência material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros.

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Podemos, portanto, entender através deste artigo que a guarda implica nos cuidados cotidianos com os filhos.

No referido artigo, em seu § 1º, conceitua a guarda como sendo o meio de regularizar a posse de fato do menor, ou seja, quem detém a guarda, detém, também a posse da prole.

No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, ou nas hipóteses em que este nunca existiu, os genitores deixam de exercer, em conjunto, as funções parentais, devendo ser estabelecida então uma modalidade de guarda que vise a efetividade da busca dos melhores interesses do menor.

3.2 MODALIDADES DE GUARDA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

3.2.1 Guarda unilateral

O Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 1.583 a possibilidade de adoção da guarda unilateral como modalidade secundária, sendo aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, cabendo ao juiz atribuir a guarda ao genitor que possuir melhores condições de proteger os direitos da criança e do adolescente.

Ao genitor que não ficou com a guarda, atribui-se o direito de visitação e convivência, assim dispõe o artigo Art. 1.589 do Código Civil:

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

O direito de convivência pode ser regulamentado segundo a concordância de ambos os genitores ou por determinação do juiz, levando-se sempre em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente

De acordo com a nova redação do artigo 1.583, § 5º/CC, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos:

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2014)

Segundo Rosa (2015) o que antes era regra passa a ter caráter excepcional com a alteração do § 2º do artigo 1.584, trazida pela Lei 13.058/14, que passou a

determinar a guarda unilateral como via restritiva, agora a guarda unilateral só poderá ser aplicada quando um dos genitores expressar não pretender a guarda do menor.

3.2.2 Guarda compartilhada

Segundo Paulo Luiz Neto Lobo a guarda compartilhada tem a seguinte definição:

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados os pais exercem em plenitude o poder familiar. Conseqüentemente tornam desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de pais-de-final-de-semana ou de mães-de-feriados, que privam os filhos de suas presenças cotidianas. (LOBO, 2011, p.199)

A lei também nesse mesmo sentido no artigo 1.583 § 1º do Código Civil assim define guarda compartilhada como "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. Nessa esteira, leciona Dias :

Guarda compartilhada significa dois lares, dupla residência, mais de um domicílio, o que, aliás é admitido pela lei (CC 71). Fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer. Porém, não há qualquer impedimento que estipulem os genitores – de preferência em procedimento de mediação –, alguns pontos a serem observados por ambos. Assim, há a possibilidade de ficar definida a residência do filho com um dos pais. Porém é de se ter cuidado para que essa fixação não desvirtue o instituto, restando o genitor, cujo lar serve de abrigo ao filho, com a sensação de que ganhou a disputa, e o filho, de que ele é o seu guardião. (DIAS,2011 p.445)

A Lei nº 13.058/2014 alterou alguns dispositivos que tratam sobre a guarda trazendo novos regramentos, a partir de então a guarda compartilhada passou a ser de imposição obrigatória quando não houver acordo dos pais em relação à modalidade de guarda a ser selecionada, o juiz deverá estabelecer a guarda compartilhada e não mais a guarda unilateral, que costumava ser a regra.

Segundo Rolf Madaleno (2008, p.359) “A guarda compartilhada tem por objetivo dar continuidade ao exercício recíproco da autoridade parental. ”

Com a guarda compartilhada os pais mesmo após a dissolução do casamento exercem simultaneamente e na sua totalidade o poder familiar sobre os filhos sendo assim conservam mutuamente o direito a custódia, tomando decisões e cooperando conjuntamente, para que o filho tenha uma sadia educação e formação.

Nesse sentido, Dias:

No momento e que há o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo os filhos com ambos os genitores, acaba havendo uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos com relação à prole. O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade. E o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e ampla participação destes na formação e educação do filho, a que simples visitação não d a espaço. O compartilhar da guarda dos filhos   o reflexo mais fiel do que se entende por poder f milia. (DIAS, 2011 p.443)

Está modalidade de guarda promove a continuidade de convívio entre ambos os genitores com o filho, a separa o por si já   um processo sofrido para a criança e a guarda compartilhada   uma maneira de amenizar o sofrimento ensejando um desenvolvimento saudável.

No mesmo sentido Ana Carolina Silveira Akel (2010, p.106) “ o exercício compartilhado da guarda, dentre outras vantagens a serem apontadas, preserva os

vínculos afetivos, uma vez que o pai não perde o filho, nem este aquele, ressaltando, por mais uma vez que a conjugalidade pode se romper, mas nunca a parentalidade.”

Há outras modalidades de guarda que estão presentes na doutrina e para compreender melhor o assunto passa-se a discorrer sobre tais modalidades que são denominadas de guarda nidal e a guarda alternada.

3.3 OUTRAS MODALIDADES DE GUARDA

3.3.1 Guarda nidal

Segundo a doutrinadora Ana Maria Milano Silva (2005), “O aninhamento ou nidação é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando para a casa onde vivem as crianças, em períodos alternados de tempo. ”

A raridade de concessão é baseada nos rearranjos familiares distintos que ela necessita, além de uma evolução no comportamento humano dos pais, que necessitam colocar os interesses dos filhos acima de qualquer outro.

3.3.2 Guarda alternada

A Guarda alternada é o modelo em que os pais, por não conseguirem mais dialogarem, exercem alternadamente, a guarda física, legal e exclusiva do filho menor, ou seja, os pais se revezam no exercício da guarda.

Segundo Jorge Augusto Pais de Amaral:

A guarda alternada caracteriza se pela impossibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes deveres que integram o poder paternal. (AMARAL, 1997, p.168)

O intervalo entre as alternâncias pode diário, semanal, mensal ou até anual a depender do que fora convencionado ou decidido judicialmente. Esta modalidade não é bem aceita pela comunidade jurídica, vez que o cotidiano do filho é segmentado entre a casa da mãe e a do pai, fazendo com o menor perca a referência de um lar contínuo e consolidado.

Com a ruptura conjugal os pais devem decidir pela guarda dos filhos e com isso é desencadeado pelos pais uma disputa ficando os filhos a mercê da situação, e para tentar evitar que os filhos sejam utilizados como uma arma um genitor atacar o outro foi criado em 2010 a lei nº 12.318 que trata sobre a alienação parental que será abordado no próximo capítulo.

4 DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS E SANÇÕES

4.1 CONCEITUAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A priori, o conceito de alienação parental vem consagrado na Lei nº 12.318/10 art. 2º .

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. (BRASIL,2010)

A alienação parental normalmente se vincula com a dissolução da vida conjugal onde o genitor alienador que por vez se sente ferido e não consegue superar de forma coerente a separação, procura denegrir a imagem do genitor alienado implantando falsas memórias ou dificultando o contato entre genitor e filho até chegar ao ponto de o genitor perder o contato com o filho.

Nesse sentido, Dias (2013) afirma:

Muitas vezes quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador (DIAS, 2013, p.473)

Segundo Venosa (2011) geralmente aquele que detém a guarda tem a conduta de alienador, embora isso não seja uma regra, pois mesmo aquele que só recebe os filhos nos fins de semana ou em datas especiais pode ter tal conduta.

A criança se torna uma arma usada para atingir o ex parceiro onde é programada para que odeie um dos seus genitores sem justificativa.

4.2 GENITOR ALIENANTE E FORMAS DE ALIENAÇÃO

Olívia Ricarte (2011 apud DUARTE, 2009) narra o Mito de Medeia fazendo relação com a Síndrome da Alienação Parental e atitude do genitor alienador.

A Síndrome da Alienação Parental esconde verdadeiras tragédias familiares onde o amor e o ódio se misturam a um só tempo. O alienador parental é um psicopata sem limites e, o que é pior, socialmente aceito e sem a menor possibilidade de cura clínica. Talvez seja esta a razão de também ser conhecida a SAP como *Síndrome de Medéia* em alusão à peça escrita por Eurípedes, dramaturgo grego, no ano de 431 antes de Cristo: "Jasão corre para a casa de Medéia a procura de seus filhos, pois ele agora teme pela segurança deles, porém chega tarde demais. Ao chegar em sua antiga casa, Jasão encontra seus filhos mortos, pelas mãos de sua própria mãe, e Medéia já fugindo pelo ar, em um carro guiado por serpentes aladas que foi dado a ela por seu avô o deus Hélios. Não poderia ter havido vingança maior do que tirar do homem sua descendência. (RICARTE 2011, apud DUARTE, 2009)

As atitudes do alienante surgem com a separação, pois junto dela emanam sentimentos de rancor, mágoa e rejeição e a vingança acaba recaindo sobre os filhos. Assim, não raramente, as investidas denegritórias são conscientes, pois há intenção de prejudicar o antigo companheiro. Entretanto, o alienante não percebe que ao tentar afetar o ex-cônjuge a maior vítima são os filhos, que perdem o laço afetivo com o pai. Denise Maria Perissini da Silva que:

O genitor alienador é, muitas vezes, uma figura superprotetora. Pode ficar cego de raiva ou animar-se por um espírito de vingança provocado pela inveja ou pela cólera. Geralmente coloca-se como vítima de um tratamento injusto e cruel por parte do genitor, e do qual tenta vingar-se fazendo crer aos filhos que aquele não é merecedor de nenhum afeto. Em certas circunstâncias, pode tomara atitudes dissimuladas de “fazer esforço” para que haja conato entre os filhos e o genitor alienado, ou “surpreender-se” pela atitude destes quando manifestam oposição ao genitor ausente. (SILVA, 2006, p.99)

Silva (2006) complementa que o genitor alienador possui uma grande dificuldade em individualizar, ou seja, reconhecer em seus filhos seres separados de si. Tendo como objetivo deter controle total sobre eles e destruir a relação deles com o genitor ausente.

O genitor alienante usa das mais variadas e criativas formas para afastar o filho do outro genitor, fazendo com que pouco a pouco a criança não se sinta mais à vontade na companhia do alienado, fazendo com que sua vontade egoísta seja superior aos interesses dos filhos.

Neste norte Denise Maria Perissini da Silva Aduz:

O genitor alienador confia ao filho, com riqueza de detalhes, seus sentimentos negativos e más experiências vividas com o genitor alienado, e o filho absorve essa negatividade do genitor, sentindo-se no dever de protegê-lo. Com isso estabelece um pacto de lealdade com o genitor alienado, em função da dependência emocional e matéria, demonstrando inclusive um medo de desagradar ou opor-se a ele. Se o filho desobedece a essa diretiva, especialmente expressando aprovação ao genitor ausente, pode sofrer ameaça, por parte do genitor alienador, de abandoná-lo ou de mandá-lo viver com o genitor alienado. O filho é, então, constrangido a ter que escolher entre seus genitores, o que está total oposição ao desenvolvimento harmonioso de seu bem-estar emocional. (SILVA, 2006, p.101)

A Lei n. 12.318/10 apresenta no parágrafo único do artigo 2º, um rol exemplificativo das diversas formas que podem caracterizar a alienação parental, seja de forma direta ou com participação 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. (BRASIL, 2010)

Segundo Ana Maria Milano Silva (2005, p.162) 'o filho é levado a odiar e rejeitar um genitor que o ama e do qual necessita. O vínculo entre os dois será irremediavelmente destruído, pois, com efeito, não se pode reconstruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado se houver um hiato de alguns anos. ”

4.3 CONSEQUÊNCIAS PARA AS CRIANÇAS ALIENADAS

Diz Denise Maria Perissini Silva (2006) que alienação é considerada um abuso psicológico, desencadeando vários transtornos psicológicos para o resto da vida. O trecho abaixo apresenta, na íntegra, alguns dos efeitos da síndrome da alienação parental segundo a autora:

Os efeitos nas crianças vítimas da síndrome de alienação parental podem ser: depressão crônica. Incapacidade de adaptar-se aos ambientes sociais, transtornos de identidade e de imagem, desespero, tendência ao isolamento, comportamento hostil, falta de organização, consumo de álcool e/ou drogas e algumas vezes suicídios ou outros transtornos psiquiátricos. Podem ocorrer também sentimentos incontroláveis de culpa quando a criança, quando adulta, constata que foi cúmplice inconsciente de uma grande injustiça ao genitor alienado. (SILVA, 2016, p.100)

No mesmo norte, Dias aduz que:

A síndrome de alienação parental é uma condição capaz de produzir diversas consequências nefastas, tanto em relação ao cônjuge alienado como para o próprio alienador, mas seus efeitos mais dramáticos recaem sobre os filhos. Sem tratamento adequado, ela pode produzir sequelas que são capazes de perdurar para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe, e cria imagens distorcidas das figuras paternas e maternas, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosa em geral. (DIAS,2007, p.103-104)

Nas palavras de DIAS (p. 464 2011) Havendo indícios de sua prática, prevê a lei instauração de procedimento autônomo ou incidental , com tramitação prioritária, adotando o juiz as medidas necessárias a preservação da integralidade psicológica do filho (5.º). Determinada a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, o laudo deve ser apresentado em 90 dias (5.º § 3.º)

4.4 SANÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Quanto as sanções impostas ao genitor alienante, dispõe o artigo 6º da Lei n. 12.318/2010 que o juízo poderá, ao constatar umas das condutas previstas no artigo 2º, parágrafo único, ou outra que caracteriza a alienação, impor as sanções cabíveis ao responsável.

Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou

adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

As sanções impostas não têm o intuito punitivo, visam apenas proteger física e mentalmente a criança ou adolescente vítima da alienação, evitando que a conduta do alienante dificulte a convivência familiar com seu genitor alienado

O alienante não compreende que ao afastar um pai de um filho, deprecia-se o direito, primeiramente, das crianças e adolescentes e para assegurar tais direitos os julgados estão se baseando no princípio do melhor interesse do menor visando que os interesses dos menores não sejam afetados pelos pais.

Para compreender qual a importância do princípio do melhor interesse para o menor para as questões relacionadas quanto a definição da guarda e procurando evitar a alienação parental passa-se a discorrer sobre o assunto.

5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

5.1 CONCEITUAÇÃO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A Constituição Federal no artigo 227 traz que é um dever não somente da família, mas do Estado e a sociedade assegurar a criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, trouxe à tona todos os direitos concernentes a criança e ao adolescente e jovem.

E o advento do Estatuto da Criança e do adolescente criado em 1990 veio a reforçar ainda mais tais direitos, dispondo sobre a integral proteção no seu artigo 15º.

Art. 15 A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura também quanto a convivência familiar do menor.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O Estatuto visa atender aos interesses do menor buscando atender suas necessidades básicas por estarem em pleno desenvolvimento para que possam atingir a maioridade com plena saúde física e mental e com oportunidades de uma vida digna. Nas palavras de Ana Carolina B. Teixeira e Maria de Fátima:

O estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma responsável, constituindo se como sujeito da própria vida, para que se possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais. (TEIXEIRA ; FÁTIMA , p.26)

O princípio do melhor interesse da criança tem a seguinte explicação segundo Lôbo:

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 e conflitos, como nas separações dos casais. O pátrio poder existia em função do pai, já o poder familiar existe em função do 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. (LOBO, 2011, p.75)

As crianças e adolescentes necessitam de cuidados especiais pois é nesta etapa da vida que se começa a moldar a personalidade, precisam ter convívio com

peças que lhes guardem, protejam para que possam ter um desenvolvimento saudável

5.2 GUARDA COMPARTILHADA COM INTUITO DE EVITAR A ALIENAÇÃO PARENTAL

Alguns autores e jurisprudências sustentam que a guarda compartilhada pode ser considerado um meio eficaz de impedir a alienação parental.

A lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 que dispõe sobre a alienação parental foi criada com o intuito de coibir de vez com a alienação parental mas no entanto não foi suficiente e em 2014 foi editada a Lei 13.058/2014, que trouxe um novo regime de guarda compartilhada, que busca novas possibilidades de evitar a alienação parental e fazer com que pais e filhos tenham uma relação mais próxima.

A guarda compartilhada torna-se uma grande aliada ao combate da prática de alienação e também traz inúmeros benefícios a todos, ao estreitar os vínculos afetivos, conforme Edwirges Elaine Rodrigues e Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga.

Em um contexto, no qual grande parte das práticas de alienação parental ocorre pela imposição de guarda unilateral, em que a criança/adolescente ficará com apenas um dos genitores, restando ao outro genitor apenas o direito de visitas, ou seja, uma menor aproximação para com seus filhos, defende-se que a guarda compartilhada seria o ideal para inibir a alienação parental, pois não haveria disputa entre os genitores com relação aos filhos. Com esta guarda, os filhos teriam sempre a presença de ambos os pais, o que diminuiria a influência de apenas um genitor sobre a prole dificultando, assim, a alienação parental. (ALVARENGA; RODRIGUES, 2014, p.335)

Ainda neste sentido Ana Maria Milano Silva:

A guarda conjunta é um fator encorajador da cooperação entre os pais e desestimulante de atitudes egoísticas. Constatações estas que demonstram aos filhos que eles continuam a ser amados pelos pais e que a separação deles não enfraqueceu a ligação afetiva para com eles, permanecendo o casal parental apesar de não haver mais o casal conjugal. (SILVA, 2005, p.112)

Silva ainda destaca que o compartilhamento dos pais nos deveres inerentes a guarda, sendo os dois corresponsáveis contribui decisivamente para a vida dos filhos. Destaca ainda que:

Essa reponsabilidade é proveniente do que é esperado pelos filhos: aquilo que desejam vivenciar na pessoa dos pais, imagens sobre os quais irão espelhar-se vida afora. A disputa entre casais, a chantagem, o jogo de sedução para conquistar o amor da criança não encontram guarida nesse modelo de guarda, porque a convergência se sentimentos, a reciprocidade e a troca de entendimentos entre os pais detentores da guarda compartilhada, afastam as posturas conflituosas, uma vez conscientizados de que o bem estar dos filhos é o mais importante de tudo. (SILVA, 2005, p.110)

Fica demonstrado que a guarda compartilhada promove a aproximação dos pais com os filhos que é fundamental para o desenvolvimento pleno dos filhos, evitando assim a alienação parental.

5.3 DA POSSIBILIDADE E DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A guarda compartilhada a partir da promulgação de sua lei passou a ser a regra a ser aplicada, e sua implementação não se condiciona à boa convivência entre os pais, mas tem peculiaridades nos casos concretos que impossibilitam a guarda

compartilhada, serve como exemplo em caso de pais que moram em cidades diferentes, devendo sempre ser o parâmetro para a definição da guarda o melhor interesse do menor.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido. (BRASIL, STJ, 2016)

Fica claro na jurisprudência acima citada que a dificuldade geográfica inviabiliza a implementação de tal guarda e a realização do princípio do melhor interesse dos menores.

Nos julgados também pode-se destacar que a guarda compartilhada deve ser aplicada em casos que não há consenso entre os pais até mesmo para evitar a alienação parental, mas deve se tomar atenção quando os desentendimentos ultrapassam o mero dissenso e os interesses dos pais se sobrepõem aos interesses do filho.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos

pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (BRASIL, STJ, 2016)

A jurisprudência citada também nos deixa claro que cada caso deve ser analisado individualmente, e não ser feita a aplicação cega da norma.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando Jurisprudência/STJ - Acórdãos Página 1 de 3 não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra

a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (BRASIL, STJ, 2011)

Há casos que se ultrapassa o mero dissenso entre os genitores e isso impossibilita a aplicação da guarda compartilhada, existem casos que se foi tentado a aplicação da guarda compartilhada, mas a beligerância entre os genitores era tão grande que foi revogada a guarda compartilhada e deferida a guarda unilateral para resguardar os interesses da criança com base no princípio do melhor interesse.

APELAÇÃO CÍVEL. DISPUTA DE GUARDA DE INFANTE. GUARDA COMPARTILHADA DEFINIDA EM SENTENÇA. GUARDA UNILATERAL PATERNA QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA PARA RESGUARDAR OS INTERESSES DA CRIANÇA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

O que se verifica, no caso, é que o único ponto em disputa com relação ao infante é justamente a definição do regime de guarda, uma vez que todos os demais aspectos já foram acordados. Quando se trata de questões desta natureza, deve sempre se ter em mente que não é uma ou outra modalidade de guarda que tem o condão de limitar os papéis parentais na vida do filho. Em verdade, embora tal aspecto tenha ficado em segundo plano, o fato é que as funções da paternidade e da maternidade encontram disciplina no instituto do poder familiar, que não só dá as bases para a coparticipação parental, como também obriga os genitores aos deveres de assistência, criação e educação, de ordem constitucional. Ante a desarmonia entre os genitores e as dificuldades em organizar a convivência e a rotina do filho, o que já está estampado nos autos das duas ações de guarda, que somam 1.203 páginas de processo, não se recomenda o

deferimento da guarda compartilhada, já tentada pelos genitores, no caso. Aliás, o presente caso é a comprovação prática do insucesso da guarda compartilhada quando não há diálogo entre os genitores. Aqui, ambos reconhecem isso, pois, após terem acordado guarda compartilhada, os dois a querem agora unilateral. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. Dada a ausência de harmonia entre os genitores e a necessidade de definir com segurança a situação do filho, a fim de afastar maiores prejuízos de ordem psíquica ao menino, que já se vê dividido entre os pais, conforme ressaltado em estudo social, não cabe determinar a guarda compartilhada, já tentada pelas partes e que redundou em fracasso admitido por ambos. Dessa forma, impõe-se seja concedida a guarda do infante ao pai, por deter melhores condições, no momento, para prestar os cuidados diários com relação ao filho, DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (BRASIL, TJ, 2016)

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2010) afirmam que devem ser considerados todos os tipos de guarda existentes, para que seja enquadrado no caso a guarda que melhor atenda o interesse da criança ou adolescente sem atribuir prioridade a nenhum modelo de guarda abstratamente.

Neste sentido Teixeira e Rodrigues (2010 apud PATTI, 2006, p.5)

Através da criação de um modelo prioritário, corre-se o risco de o julgador aplicar a legislação ao caso descurando-se do princípio do melhor interesse do menor. Este modelo, a princípio aplicável em todas as separações, omite considerações que devem ser feitas em relação à tutela do filho, que pode arriscar-se a agravar e não a resolver os problemas práticos que obstam o crescimento equilibrado do menor. Por isso, não se pode consentir na aplicação cega da norma (*rectius*, de nenhuma norma), sem muito se atentar à situação do filho no contexto da dissolução da sociedade familiar. Assim, é necessário que o magistrado constate se os pais serão capazes de compartilhar efetivamente as decisões sobre as questões mais relevantes dos filhos, além de circunstâncias objetivas que permitam uma gestão “serena” do exercício dividido dos poderes-deveres pelos pais e que, de fato, represente o efetivo interesse dos menores. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.234 apud PATTI, 2006, p.5)

O bem-estar do menor é o fator fundamental para a determinação da guarda, independente da modalidade a ser escolhida, a escolha da aplicação guarda compartilhada apenas para fazer valer a lei abstrata pode levar a uma decisão injusta, sendo assim não importa se a guarda é compartilhada ou unilateral, deve ser definida a guarda que for melhor para o desenvolvimento saudável da criança.

6 CONCLUSÃO

O estudo realizado teve como objetivo analisar o princípio do melhor interesse do menor como norteador para a definição da guarda compartilhada e os reflexos da alienação parental. Verificou-se primeiramente o conceito de família e a sua transformação com o decorrer dos anos e sua primordial importância para a sociedade e feito a análise que mesmo com a dissolução do casamento ou união estável os pais não perdem o poder familiar sobre os filhos que nada mais é o direito de tomar as decisões em prol do melhor para os filhos independentemente da modalidade de guarda.

Com a ruptura conjugal vem à tona também a disputa pela guarda dos filhos, e são os filhos normalmente os que mais sofrem com o fim do relacionamento de seus genitores e em alguns casos acabam sendo o meio que um genitor encontra para atacar o outro ocorrendo assim a alienação parental.

Surge então a Lei nº 12.318 de 2010 que visa coibir a alienação parental, conceituando que a criança se torna uma arma usada para atingir o ex parceiro onde é programada para que odeie um dos seus genitores sem justificativa, a lei também apresenta as formas de alienação parental e as possíveis sanções para quem a ocorrer, no artigo 6, V da referida lei traz como uma sanção ao genitor alienador a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão.

Em 2014 a Lei nº 13.058 foi alterada trazendo em seu dispositivo legal a obrigatoriedade da guarda compartilhada nos casos em que não há acordo entre os pais. Ante a obrigatoriedade da lei na aplicação de tal guarda é fundamental levar em consideração o princípio do melhor interesse do menor.

A jurisprudência e doutrina tem diversas posições quanto a aplicação da guarda compartilhada, quando não há consenso entre os pais e até mesmo trata a questão da impossibilidade da guarda compartilhada mesmo que haveria consenso como é o caso dos limites geográficos que se dá quando os pais separados residem em cidades diferentes.

Em todos os julgados analisados, no momento da definição da guarda foi levado em consideração o princípio do melhor interesse do menor e não apenas a obrigatoriedade da lei em impor a guarda compartilhada como regra pois sendo assim a escolha da aplicação guarda compartilhada apenas para fazer valer a lei abstrata pode levar a uma decisão injusta, sobrepondo os interesses dos genitores aos interesses do menor. Sendo assim chega-se a conclusão que não é somente a modalidade da guarda que deve ser levado em consideração, não importando se for unilateral, alternada, nidal ou compartilhada, mas sim aquela que trouxer melhores benefícios as crianças e adolescentes assegurado seu desenvolvimento pleno.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Do casamento ao divórcio. Lisboa: Cosmos, 1997.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: Um avanço para a família. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2010.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. de 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 15 out. de 2015.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 25 out. de 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL. DISPUTA DE GUARDA DE INFANTE. GUARDA COMPARTILHADA DEFINIDA EM SENTENÇA. GUARDA UNILATERAL PATERNA QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA PARA RESGUARDAR OS INTERESSES DA CRIANÇA. RS RECURSO ESPECIAL 016/0061190-9 . Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/processo> >. Acesso em: 07 de set. 2016

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.417.868 - MG (2013/0376914-2). Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/processo> >. Acesso em: 10 de set. 2016

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.000 - MG (2011/0084897-5). Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/processo> >. Acesso em: 07 de set. 2016

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; DIAS, Maria Pricila Magro. **Alienação parental: quando a implantação de falsas memórias decorre do exercício abusivo da guarda.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13352 >. Acesso em maio 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Família. Sucessões.** São Paulo: Saraiva 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental:** Realidade que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2008.

RICARTE, Olívia. **Alienação parental: quando feridas abertas se recusam a cicatrizar; o papel do judiciário na proteção da saúde psíquica do menor**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10659>. Acesso em junho 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível N. Nº 70068946367*, da 8ª Câmara Cível. Porto Alegre, 28 jul. 2016. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site>>. Acesso em: 05 set. 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*, p. 344. Editora São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei 13.058 de 22-12-2014**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

SILVA, Denise Maria Perissini. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: A interface da Psicologia com Direito nas questões de família e infância.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010.