



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ERIKA RAINE CARVALHO BITENCOURT

**O PAPEL DA GUARDA COMPARTILHADA NA MITIGAÇÃO
DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Salvador
2021

ERIKA RAINE CAVALHO BITENCOURT

**O PAPEL DA GUARDA COMPARTILHADA NA MITIGAÇÃO
DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito
pela Universidade Federal da Bahia, como requisito para
obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Salvador
2021

ERIKA RAINE CARVALHO BITENCOURT

**O PAPEL DA GUARDA COMPARTILHADA NA MITIGAÇÃO
DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Salvador, 08 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Edilton Meireles de Oliveira Santos (**Orientador**)
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Professor da Universidade Federal da Bahia

Leandro Reinaldo da Cunha
Pós-doutor e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Professor da Universidade Federal da Bahia

Técio Spínola Gomes
Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (FDUSP)
Professor da Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pela minha vida, por ter me dado força e coragem para lutar pelos meus sonhos e ultrapassar os obstáculos e adversidades encontrados ao longo do curso. Sei que sem ele não teria conseguido chegar até aqui.

Aos meus pais, Eliana e Edson, por todo amor, incentivo e apoio durante todos esses anos, por sempre compreenderem minha ausência em diversos momentos importantes de estudo e por acreditarem tanto em mim. Nunca esquecerei tamanho esforço e abdicção que realizaram para que eu pudesse ter uma boa educação ao estudar em uma universidade longe de casa. Obrigada por serem meu alicerce, a minha base. Dedico-lhes esta conquista!

Ao meu amor, Fernando Emilio, pelo incentivo, amor, paciência, companheirismo e compreensão nos momentos mais difíceis. Obrigada por acreditar em mim diariamente, por me inspirar a dar o meu melhor, por estar presente em todas as fases da minha vida, por me apoiar e ajudar em tudo. Saiba que você foi essencial à conclusão deste sonho e tornou essa trajetória mais leve e doce!

As minhas amigas Carla e Wiara que trilharam esta jornada comigo ao longo desses seis anos. Ter compartilhado esta experiência com elas tornou tudo ainda mais especial, a nossa rede de apoio e parceira mútua nos proporcionou momentos únicos que jamais esquecerei. Para além da universidade, se tornaram minhas companheiras de vida, e que, sem dúvidas, quero levar para sempre. Obrigada por tudo, amigas, vocês foram de extrema importância!

Aos demais familiares e amigos que estiveram presentes, participando direta e indiretamente da minha formação, o meu eterno obrigada.

A Faculdade de Direito e a todos os mestres que tive o prazer de ser aluna, agradeço por seus ensinamentos e lições passadas ao longo do curso que contribuíram para meu aprendizado profissional.

Em especial, ao meu orientador professor Edilton Meireles, por todo suporte, colaboração e paciência, por sempre ter se mostrado disposto a me auxiliar na elaboração deste trabalho. Muito obrigada!

Alienação Parental – Além da Lei (o poema)

Qual é o sentido de ser deixado só?
Qual é o significado de
virar brinquedo de quem o criou?
O que faz alguém transformar
o fruto do amor
em uma forma para torturar
alguém a quem já se entregou?
Como imputar tamanha dor
a quem não pediu sequer
para vir ao mundo viver
ou provar o seu sabor?

Quando filhos viram massa,
só se construi um muro de tristeza;
Quando filhos viram moeda,
só se paga o preço do rancor;
Quando filhos viram brinquedos,
só se joga o jogo do ódio;
Quando filhos viram propriedade,
só se é dono do seu próprio veneno...

Morte, tragédia, culpa,
homicídio doloso da inocência
isolamento, depressão,
raiva convertida em manipulação
roubo, furto, perda,
em pungente sede de não,
vítima que é assassina
também de seu próprio eu,
em uma Medéia que ensina
o avesso de amar o seu
para, ao mesmo tempo,
nunca mais ser de ninguém...

Não seja algoz de quem te ama.
Não seja cúmplice da frustração.
A vida vai além da lei e da cama
e o mundo não é só comiseração.
Se relacionamentos terminam,
filhos são para sempre...
Se partir é doloroso,
mas ainda é deixar de ser gente...

(Rodolfo Pamplona Filho, 2013)

BITENCOURT, Erika Raine C. **O papel da Guarda Compartilhada na mitigação da Alienação Parental.** 2021. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

A família, ao longo dos tempos, teve diversas formatações e a partir do século XX se reconheceu a necessidade de assistência e proteção jurídica individualizada às crianças e adolescentes. Com a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os Direitos da Criança de 1989, houve a difusão de tais pautas, chegando ao Brasil com Constituição Federal de 1988 que estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, inclusive quanto ao poder familiar, consolidando, ainda, um conjunto de direitos tutelados às crianças e adolescentes, atribuindo-lhes proteção integral do Estado. Algumas destas transformações foram incorporadas pelo Código Civil de 2002, passando a atribuir status de igualdade entre os membros da entidade familiar. Nesse sentido, surgiu a Lei 11.698 de 2008 instituindo dois modelos de guarda: a unilateral e a compartilhada. Somente com a Lei nº 13.058/2014 a guarda compartilhada tornou-se regra no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser preferencialmente adotada quando da dissolução do vínculo conjugal. Por sua vez, a guarda unilateral propicia um ambiente favorável para ocorrência da alienação parental em decorrência do desequilíbrio entre as responsabilidades dos genitores diante da concentração do poder familiar em um só genitor. A prática da Alienação Parental consiste na campanha de desqualificação que o genitor guardião realiza ao manipular os sentimentos dos filhos com falsas memórias acerca do outro genitor. Nesse contexto de máxima proteção infantil, adveio a Lei nº 12.318 de 2010, que estabeleceu parâmetros de identificação e de repressão com possíveis penalidades, sem, contudo, determinar meios de prevenção. Logo, é objeto de defesa deste trabalho, a aplicação da guarda compartilhada como instrumento apto a mitigar a alienação parental, uma vez que promove o convívio familiar equilibrado e o compartilhamento paritário das atribuições do poder familiar, o que fortalece os laços afetivos promovendo o melhor interesse do menor.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental. Guarda compartilhada. Direito de família.

BITENCOURT, Erika Raine C. **The role of the Shared Custody on Parental Alienation mitigation.** 2021. Monography (Law graduation) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The family, over time, had different formats and from the 20th century onwards, the need for assistance and individualized legal protection for children and adolescents was recognized. With the 1989 UN (United Nations) Convention on the Rights of the Child, these guidelines were disseminated, arriving in Brazil with the Federal Constitution of 1988 that created equality between men and women, including regarding family power, further consolidating a set of protected rights for children and adolescents, granting them full protection from the State. Some of these transformations were incorporated by the Civil Code of 2002, which it incorporated as changes and started to attribute the status of equality among the members of the family entity. In this sense, Law 11,698 of 2008 emerged, instituting two models of custody: unilateral and shared. Only with Law No. 13,058 / 2014 shared custody became a rule in the Brazilian legal system, and should be adopted preferably when the marital bond is dissolved. In turn, unilateral custody provides a favorable environment for the occurrence of parental alienation due to the imbalance between the responsibilities of the parents in view of the concentration of family power in a single parent. The practice of Parental Alienation consists of the disqualification campaign that the parent keeps when manipulating the children's feelings with false memories about the other one. In this context of maximum child protection, Law No. 12,318 of 2010 was adopted, which identifies and represses parameters with possible penalties, without, however, determining means of prevention. Therefore, it is the object of defense of this work, the application of shared custody as an instrument able to mitigate parental alienation, since it promotes balanced family life and the equal sharing of family power attributions, strengthening affective ties, promoting the best interest of the minor.

KEYWORDS: Parental Alienation. Shared custody. Family right.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	Alienação Parental
ART.	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFP	Conselho Federal de Psicologia
CID	Código Internacional de Doenças
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CP	Código Penal
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
DSM IV	Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ONU	Organização das Nações Unidas
PLS	Projeto de Lei apresentado pelo Senado
SAP	Síndrome de Alienação Parental
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR	12
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FAMÍLIA	13
2.2 A FAMÍLIA PATRIARCAL E O CÓDIGO CIVIL 1916.....	17
2.3 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E O IDEAL IGUALITÁRIO	23
2.4 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	26
3. A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL E A GUARDA	32
3.1 OS REFLEXOS DO ROMPIMENTO CONJUGAL QUANTO AOS FILHOS	33
3.2 A GUARDA	43
3.3 A GUARDA COMPARTILHADA	48
3.3.1 Sua origem e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro	48
3.3.2 As vantagens do modelo de compartilhamento	56
4. A ALIENAÇÃO PARENTAL, SUA RESPECTIVA SÍNDROME E A LEI 12.318/2010	63
4.1 CONCEITUAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS.....	63
4.2 A ALIENAÇÃO PARENTAL NA PANDEMIA DA COVID-19	79
4.3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE MITIGAR A INCIDÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	82
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	92

1. INTRODUÇÃO

A família é uma estrutura social antiga que sofreu inúmeras transmutações ao longo do tempo. No primeiro capítulo, o presente trabalho se voltará para a análise da evolução história do instituto da família, tecendo considerações sobre seu desenvolvimento e mutações desde a Idade Antiga até a Contemporaneidade, dando enfoque na legislação brasileira. Assim, partindo-se da construção do modelo padronizado, hierarquizado e patriarcal tido como único por muitos anos, até a construção do ideário familiar atual, democrático e plural que se pauta na afetividade, na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade entre homem e mulher, no primado da paternidade responsável, na proteção integral da criança e do adolescente e no princípio do melhor interesse do menor.

Um dos principais fatores que alterou os moldes da família tradicional foi o divórcio. Contudo, sabe-se que da dissolução do vínculo conjugal pode decorrer diversas consequências negativas aos filhos, principalmente quando os ex-cônjuges não sabem lidar bem com o término do relacionamento, dando surgimento às problemáticas acerca do direito de guarda e visitação. Sendo este, portanto, o objeto do segundo capítulo, o qual aborda o poder familiar com o rompimento do vínculo afetivo e suas implicações na pessoa dos filhos.

No Brasil, passou-se a ter um movimento em prol da aplicação da guarda compartilhada, inicialmente com a Lei 11.698 de 2008 que inovou no ordenamento trazendo previsão expressa para dois modelos de guarda: a unilateral e a compartilhada, contudo, somente com a Lei 13.058 de 2014, a guarda compartilhada passou a ser regra no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, destaca-se, ainda no segundo capítulo, a origem do instituto da guarda compartilhada, sua consolidação no ordenamento brasileiro, bem como as vantagens de sua fixação. Pois, observa-se que, além dos filhos sofrerem com o rompimento do relacionamento dos seus genitores podem, também, sofrer com ações ainda mais severas e danosas, como o abandono afetivo, moral e material e a alienação parental.

Esta última representa um dos problemas que mais assola as famílias hoje em dia e consiste na campanha de desqualificação da conduta do genitor não guardião visando o distanciamento entre ele e a prole. Por isto, nesse contexto de máxima proteção do menor, surgiu o advento da Lei da Alienação Parental n. 12.318 de 2010. No último capítulo traça-se uma análise do fenômeno da Alienação Parental, realizando a sua conceituação e diferenciação desta para a Síndrome da Alienação Parental, analisando o dispositivo legal

nacional a fim de destacar suas hipóteses de ocorrência, possíveis consequências e meios de combate. Entretanto, diante do alto grau de nocividade desta prática, torna-se imprescindível pensar em mecanismos de prevenção e não somente de repressão, como os elencados na legislação.

O objetivo do trabalho consiste em destacar os pontos positivos da aplicação da guarda compartilhada como forma de minimizar os efeitos da Alienação Parental, e até de mitigar a ocorrência desta violência intrafamiliar psicológica, uma vez que este modelo se mostra o mais adequado para concretizar o melhor interesse do menor ao viabilizar um convívio familiar equilibrado, que ao contrário do modelo unilateral de guarda, implica na redução do sentimento de posse sobre a criança, não havendo ambiente propício para a sua utilização como meio de vingança. Para isto, conseqüentemente, pressupõe-se de uma relação minimamente pacífica entre os genitores para melhor tomada de decisões acerca da vida do filho.

Além disto, foram pontuadas, também, breves considerações acerca do fenômeno da Alienação Parental no atual contexto da pandemia do coronavírus (COVID-19), analisando como a questão do isolamento social pode influenciar no exercício da guarda, no direito de visitação e convivência, bem como, a implicação disto no possível aumento dos casos de alienação parental.

Por fim, tem-se que a temática é muito complexa, exigindo do judiciário uma atuação multidisciplinar com profissionais da área da psicologia, para que se estabeleçam as medidas cabíveis para que tal prática seja erradicada no caso concreto. Nesse sentido, defende-se o incentivo da aplicação da guarda compartilhada por meio dos operadores do direito para que haja maior fortalecimento dos laços afetivos com a mitigação da alienação parental, e, com isto, se tenha a concretização da proteção integral à criança, ao visar o seu melhor interesse de convívio com ambos os genitores, com a maximização do seu bem-estar e melhor desenvolvimento.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR

Com a evolução social a família sofreu diversas transformações em sua natureza, função e, principalmente, em sua extensão, assumindo diversas formatações ao longo da história da humanidade. Desse modo, por se tratar de um fenômeno social interdisciplinar que passa por profundas variações no tempo e no espaço, torna-se complexa a sua conceituação. Segundo Dias (2015), a lei nunca se preocupou em estabelecer um conceito à entidade familiar, apenas se restringiu a instituir o casamento como regra de conduta, não sendo aceitos outros modelos além deste. Isto não impediu a existência de outras relações com diferentes configurações e que foram, conseqüentemente, condenadas à invisibilidade e à negativa de direitos diante da não aceitação social e jurídica.

Inúmeros foram os fatores que contribuíram para a construção de um modelo padronizado de família tido como absoluto e correto, como, a influência da religião e seus dogmas, a desigualdade entre homem e mulher, o papel de submissão da mulher na sociedade e a manutenção desta estrutura patriarcal através do Estado e do Direito por meio de suas leis e Códigos. Com o passar do tempo, a sociedade foi se modificando, e com isto, o padrão único de relacionamento foi enfraquecendo devido à influência do afastamento entre Estado e Igreja, da despatrimonialização da família, das múltiplas configurações de vínculos afetivos, bem como, do advento da Revolução Industrial com a inserção da mulher no mercado de trabalho conquistando mais direitos e autonomia, sendo esta última uma das principais molas propulsoras das alterações ocorridas no seio familiar.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa:

No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar (VENOSA, 2017, p. 19).

Nesse sentido, entende-se que as transmutações sucessivas pelas quais a família passou enquanto fenômeno social decorre diretamente da evolução temporal, cultural, religiosa, política e econômica da sociedade, que ampliaram o conceito de família, trazendo à tona diversos modelos de família como: a extensa, a nuclear, a monoparental, a simultânea, a homoafetiva e outras. Entretanto, de acordo com análise histórica da legislação até os tempos atuais, observa-se que o legislador tem dificuldade em acompanhar toda evolução social, não conseguindo abordar todas as possíveis configurações da família contemporânea.

Sob esse aspecto a doutrinadora Maria Berenice Dias destaca que:

A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés **conservador**. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do 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, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, como um **LAR**: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2015, p. 47, grifos da autora).

Hoje, entende-se que houve completa reformulação do conceito de família, não havendo mais como estabelecer um conceito único, já que esta se tornou ampla e plural tendo a afetividade como base de suas relações, não se limitando mais a procriação ou a manutenção do patrimônio. Dessa forma, para que se compreenda a atual configuração familiar no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário um estudo mais detalhado da evolução histórica da entidade familiar.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FAMÍLIA

A família é o primeiro agente socializador do ser humano, e, por isto, é um fenômeno comum em diversas culturas e em todas as sociedades, sendo cada uma delas organizada de acordo com os moldes sociais daquele determinado lugar e regidas sob suas próprias normas, através das quais há a transmissão de valores, costumes e regras locais. Especificamente, a família ocidental, durante muito tempo, teve um padrão patriarcal e hierarquizado. No Direito Romano a família era um organismo religioso, social, político, econômico, jurisdicional e militar, que, segundo Gonçalves (2012), se organizava com base no princípio da autoridade de um *pater familias* vivo, em que o *pater* detinha a concentração do poder de comandar sua casa e aqueles que lhe deviam obediência e subordinação.

De acordo com Pereira (2017, p. 54), o poder que o *pater* exercia sob os filhos assemelhava-se aos poderes que este tinha sobre os escravos, como o de vida e morte, tendo a faculdade de vendê-los, rejeitá-los ou os dar em garantia, bem como impor-lhes castigos corporais e até de tirar-lhes a vida. Logo, o poder era todo concentrado no homem, sendo ele o detentor da liderança familiar, não podendo a mulher assumir o pátrio poder caso este viesse a falecer.

Assim, na família romana, conforme ensina José Cretella Júnior:

(...) tudo se converge para o paterfamilias do qual irradiam poderes em várias direções: sobre os membros da família (*patria potestas*), sobre a mulher (*manus*), sobre as pessoas “in mancipio” (*mancipium*), sobre os escravos (*dominica potestas*), sobre os bens (*res*) que lhe pertencem (*dominium*) (JÚNIOR, 2010, p. 78).

Nesse sentido, a mulher dependia completamente do marido ou do pai, pois não possuía capacidade jurídica, não tinha o direito de possuir bens, restando-lhe apenas os afazeres domésticos. Aduz Pinho (2002) que a ela era imposta à submissão, lhe sendo concedida a posição de dependência e incapacidade para atos da vida civil, de *alieni iuris* que de fato era. E quando não estava sob o poder do seu pai ou irmão, se sujeitava ao *manus* do seu marido depois de casada.

Consoante com Venosa (2017), a família romana era constituída através do casamento e as uniões livres – *concupbinatus* - não possuíam o *status* de casamento, embora houvesse o reconhecimento da prole comum. As justas núpcias consagravam a união entre homem e mulher, para a qual era necessária a existência de *affectio* no casamento, não apenas para sua celebração, mas continuamente enquanto perdurasse o matrimônio, tendo em vista que, a ausência da afeição era motivo para dissolução do casamento.

Ressalta-se, contudo, como leciona Lopes (2019, p. 62) que uma *affectio* não é o sentimento romântico moderno, mas algo como a *affectio* dos sócios de uma sociedade, portanto o casamento não tinha como objetivo a satisfação pessoal, mas sim a Constituição da família. Nesse sentido, a família romana, representava um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados através da religião de cultos domésticos, na qual o homem que morria era elevado à condição sagrada de Deus para sua família, só podendo ser transmitida apenas na linhagem masculina (VENOSA, 2017, p. 20).

O parentesco de sangue não era o vínculo absoluto da família romana, o vínculo principal era de submissão ao paterfamilias enquanto chefe, sacerdote e juiz de jurisdição paralela ao Estado, que detinha poder absoluto sobre os filhos, mulher e escravos, sendo o único sujeito de direitos patrimoniais. Além disto, destaca Venosa (2017, p. 20) que a adoção possuía forte importância em Roma tendo como finalidade principal a perpetuação do culto doméstico ao *pater*, para aqueles que não conseguiam ter filhos de sangue ou somente tinham filhas mulheres.

Com o tempo, o cristianismo começou a ganhar força na Idade Média, passando a ocupar o local da religião doméstica. A partir do século IV, segundo Gonçalves (2012), com a

conversão do Imperador Constantino passou-se a adotar a concepção cristã da família com a predominância de questões e preocupações de ordem moral. Com a união entre Estado e Igreja, a intervenção estatal nas relações familiares aumentou, e assim, “a Igreja se autolegitimou e legitimou a autoridade marital e paterna, consolidando o poder masculino e fixando a mulher numa condição inferior e submissa”. (PINHO, 2002, p. 288)

A Idade Média foi regida pelo direito canônico e passou a sofrer fortes influências do direito germânico, e, apesar da gradual redução da extensão dos poderes do pátrio poder, a estrutura familiar patriarcal e hierarquizada com a finalidade de procriação e de manutenção do patrimônio, se manteve e se estendeu até os tempos modernos. As uniões livres extramatrimoniais passaram a ser condenadas pela Igreja, diante da nova perspectiva sacramentada e absoluta do casamento, ao passo que este passou a ser indissolúvel.

Em contraponto, salienta Engels (1984) ao explicar sobre a formação da monogamia na antiguidade, que o progresso histórico na sucessão de formas de matrimônio demonstra que cada vez mais foi tirando das mulheres a liberdade sexual do matrimônio por grupos – casamento de grupos de mulheres com grupo de homens – ao passo que aos homens era concedida maior liberdade para tal. Para as mulheres era considerado crime com penalidades legais e sociais, enquanto para os homens era considerado algo honroso e, na pior das hipóteses, como leve mácula moral que se carregava com satisfação.

Ainda no período medieval, as mulheres chegaram a ter acesso a algumas profissões, ainda que de forma tímida, e com o direito à propriedade passaram a poder desempenhar um papel social de colaboradora do marido na agricultura, na administração do feudo e até, no comércio, conseguindo assumir a chefia das famílias quando se tornavam viúvas. Há, também, registros de mulheres que estudaram nas universidades da época, porém em número muito inferior aos homens. (MIRANDA, 2011, p. 6).

De acordo com Pereira (2017, p. 55), já na Idade Moderna, o centro da Constituição familiar deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor, as relações de parentesco passaram a ter vinculação biológica por consanguinidade. Assim, a passagem da família medieval para a moderna resultou de em processo demorado de reconstrução de um “novo sentimento de família”. Foi possível essa transformação, pois a família alterou suas relações pessoais e, principalmente, suas atribuições em relação à criança (BONINI, 2009, p. 17 *apud* MELMAN, 2002, p. 42).

Na Modernidade, como leciona Bonini (2009), surge à concepção de Estado Nacional e a partir da intervenção e proteção estatal, a tendência foi o afastamento da autotutela. Com isto, novas características foram surgindo no seio das relações familiares como: o fortalecimento da afetividade dos pais pelos filhos; a ideia de divisão sexual do trabalho; o homem como provedor e a mulher como doméstica; a educação e função de assistência às crianças passaram a ser exercida também pelo Estado; a multiplicidade de crenças e o fim dos cultos domésticos.

Com o advento da Reforma Protestante do século XVI, conforme Siqueira (2010), a Igreja Católica deixou de ser a única a professar e representar os preceitos cristãos. Passou a ser responsabilidade do Estado à regulamentação do casamento e isto fez com que surgissem as primeiras leis civis normatizando o casamento não religioso, transformando-o em um ato formal cível de interesse estatal tido como único válido legalmente.

A Revolução Industrial do final do século XVIII marcou a sociedade moderna ao provocar grande êxodo rural, fazendo com que inúmeras famílias migrassem dos campos para as cidades, o que propiciou o fortalecimento do vínculo afetivo de seus integrantes, diante da nova necessidade de se viver em locais menores. Com a industrialização a demanda por mão de obra aumentou e tornou-se preciso a inserção da mulher no mercado de trabalho, o que alterou a configuração familiar, uma vez que, o pai deixou de ser fonte única da subsistência de sua família (DIAS, 2015).

A Modernidade trouxe, também, uma nova consciência social fruto dos ideais da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade, o que favoreceu o surgimento de novos modelos familiares. Entretanto, segundo Siqueira (2010), o direito francês ainda sofria forte influência do direito canônico e, por isso, não se atribuía efeitos jurídicos as formas de família que não se enquadravam nas formalidades do casamento. Mesmo após 15 anos da Revolução Francesa, o Código de Napoleão, inspiração de várias codificações, inclusive do próprio Código Civil brasileiro de 1916, foi silente neste quesito.

Com o advento do século XX, o conceito de família foi redimensionado se tornando um conceito de família nuclear que teve como principais fatores: a laicização do Estado, não havendo mais religião oficial, garantindo, assim, a liberdade religiosa; a ocorrência de guerras mundiais; a evolução científica que possibilitou novas formas de reprodução humana; a emancipação feminina e a mudança do papel da mulher na sociedade, decorrentes das lutas do movimento feminista, bem como, o surgimento dos métodos contraceptivos no controle de natalidade (SIQUEIRA, 2010).

2.2 A FAMÍLIA PATRIARCAL E O CÓDIGO CIVIL 1916

No Brasil, de acordo com Gonçalves (2012), o direito de família e, conseqüentemente, a família brasileira foram fortemente influenciados pelo direito romano, canônico e germânico, e por suas configurações familiares diante da colonização lusa do nosso direito de família. As Ordenações foram uma das nossas maiores fontes do direito, pois reuniam diversas leis em compilações jurídicas que carregam os nomes dos monarcas da época, sendo elas, as Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas.

Assim, o Brasil Colônia regia-se pelas leis portuguesas, as fontes que vigoraram em Portugal também se aplicavam no Brasil, trazendo a influência do conservadorismo do poder patriarcal ao nosso direito pátrio. Apesar da independência do Brasil em 1822, a ruptura jurídica não foi algo imediato, tanto que as Ordenações Filipinas começaram a vigorar em 1603 e permaneceram com eficácia por mais de trezentos anos em nosso território, mesmo quando não havia mais identificação com nossos costumes, até a promulgação do Código Civil de 1916.

No regime das Ordenações o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo marido que detinha a faculdade de imputar castigos corporais à mulher e aos filhos, não podendo a mulher praticar quase nenhum ato sem a sua autorização. Com a proclamação da República e publicação do Decreto nº 181 de 1890, conservou-se o caráter patriarcal de forma mais branda, instituindo casamento civil e impossibilitando o homem de impor tais castigos a sua família.

O Código Civil de 1916 ao entrar em vigor no século XX trouxe ideias do início do século anterior, que, por conseguinte, regulava a família do século XIX e vigorou até 2002. Desta forma, apesar do código não ter conceituado o instituto da família, consagrou uma visão discriminatória, patriarcal, hierarquizada, matrimonializada, heteroparental e biológica desta. Logo, a família, no antigo código, só possuía legitimidade quando fosse constituída, única e exclusivamente, pelo casamento civil, criando a família legítima, como observa a redação do artigo 229: “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (BRASIL, 1916). Além disto, o casamento tinha caráter patrimonialista e precisava ser mantido, independente da vontade das partes, por isto, a união era considerada indissolúvel.

Havia apenas a previsão do desquite no qual ocorria à separação de corpos dos cônjuges sem a dissolução do vínculo matrimonial. Nesse sentido, o do Código Civil de 1916 em seu artigo 317 determinou os motivos específicos pelos quais se autorizava o ajuizamento da ação de desquite, sendo eles: o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave e, ainda, o abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Ademais, o Código de 1916 não mencionou sequer o casamento religioso, deixando, ainda, à margem da tutela estatal, aqueles que estavam fora deste instituto civil como o concubinato e os filhos havidos fora do casamento, tidos como ilegítimos. De acordo com Dias (2015, p. 51), o objetivo disto era punir e excluir direitos, na tentativa infrutífera de preservação e fortalecimento da família constituída através do casamento.

Diante da indissolubilidade do casamento, a esposa se via obrigada a manter o vínculo conjugal com marido que tinha relações extramatrimoniais, e a concubina, por sua vez, era considerada mulher impura por sustentar uma relação clandestina e ilegítima. A concubina em conjunto os seus filhos ilegítimos, também chamados de filhos bastardos, não eram considerados sujeitos de direitos, sendo colocados em situação de invisibilidade legal.

Obviamente isto não impedia que as relações extramatrimoniais continuassem ocorrendo fora do casamento, contudo, não eram consideradas como pertencentes ao direito de família e sim ao direito obrigacional, uma vez que se equiparavam às sociedades de fato. O casamento civil foi a única forma de Constituição legítima da família no Brasil até o ano de 1937, considerando que a Constituição deste mesmo ano atribuiu efeitos civis ao casamento religioso, o que foi mantido na Constituição de 1946 (SIQUEIRA, 2010, p. 1).

Quanto aos filhos, de acordo com MADALENO (2020), o Código de 16 os classificava pela sua origem, podendo ser legítimos, ilegítimos, naturais, espúrios e adotivos. Os legítimos eram aqueles filhos biológicos fruto do casamento de seus pais, já os ilegítimos seriam aqueles nascidos fora do casamento nas relações extramatrimoniais, e subdividiam-se em naturais ou espúrios. Os filhos naturais eram aqueles havidos sem que os pais fossem casados, porém sem impedimento para tal, já os espúrios havia proibição legal da união entre os pais, que por sua vez, se dividiam entre filhos incestuosos e adúlteros. Os incestuosos eram os concebidos entre parentes impedidos de se casarem e os adúlteros eram os havidos fora do casamento quando ocorria relação de adultério paralela ao casamento de um ou de ambos os genitores.

Ressalta-se que, o antigo código dedicou um capítulo à legitimação como um dos efeitos do casamento. Desse modo, apenas os filhos naturais poderiam ser legitimados com casamento de seus pais, uma vez que este instituto tinha o poder de conferir aos filhos havidos anteriormente, os mesmo direitos e qualificação dos legítimos havidos na constância do casamento, podendo a paternidade ser reconhecida juridicamente ou de forma espontânea.

Assim, os artigos 352, 353, 355 e 359 do Código Civil, tratavam dos efeitos do reconhecimento da filiação, vejamos:

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho.

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro (BRASIL, 1916).

Havia, portanto, uma presunção de paternidade, herança do direito romano, que protegia o filho nascido na constância do matrimônio, “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”, em tradução livre, “é o pai aquele que demonstrou viver em justas núpcias”. Nesse sentido, salienta Dias (2015) que a situação conjugal dos genitores refletia diretamente na identificação dos filhos, concedendo ou retirando o direito à identidade e personalidade, e, por consequência, à dignidade e sobrevivência. Isto se mostra evidente com o artigo 358 do código, que vedava expressamente o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros.

Acerca disto, Maria Berenice Dias (2015, p. 654) discorre:

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério - que à época era crime -, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar.

Por sua vez, a adoção era tratada de forma complexa e desigual, sendo quase impraticável, tendo em vista que o código elencava diversos requisitos para a sua configuração: o adotante precisava ter idade mínima de 50 anos, tendo a Lei nº 3.133/57 reduzido para 31 anos e, posteriormente, para 21 anos, pela Lei 8.069/90; sendo casado só poderia adotar após cinco anos do casamento; deveria haver a diferença de 18 anos entre adotado e adotante, depois reduzido para 16 anos pela Lei n. 3.133/57; sendo exigido consentimento do adotado ou de seu representante, e, por fim, precisava ocorrer por escritura pública (ZENI, 2009, p. 62).

Ademais, os direitos e deveres do parentesco natural não eram extintos, exceto o pátrio poder que passava ao pai adotivo. Assim, a adoção gerava um parentesco meramente civil entre adotado e adotante, e por isto, na sucessão legítima, uma vez concorrendo o adotado com o legítimo, a sua herança seria reduzida à metade do que coubesse a cada um dos filhos.

Com o passar do tempo, algumas leis ordinárias foram editadas com intuito de amparar situações não regulamentadas ou tratadas de forma inadequada pelo Código de 1916 e que acabaram, conseqüentemente, reduzindo a rigidez de alguns dos seus dispositivos. O decreto Lei n. 4.737 de 1942, possibilitou o reconhecimento dos filhos naturais havidos fora do casamento, determinando que estes pudessem ter a sua paternidade reconhecida após o desquite. Em 1949 a Lei n. 883 revogou o decreto supracitado, autorizando o reconhecimento dos filhos ilegítimos e espúrios, ampliando para qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal, dando ao filho o direito de ação para ser reconhecido (ZENI, 2009, p. 69).

Há de se falar, ainda, no Código Eleitoral de 1932, fruto da reivindicação da sociedade brasileira por eleições mais confiáveis, trouxe inúmeras contribuições para a Justiça Eleitoral. Provocou, também, um avanço quanto aos direitos das mulheres, concedendo-lhes o direito de votar e serem votadas, quando acima de vinte e um anos, idade esta que caiu para dezoito anos com a Constituinte de 1934.

Outra lei de extrema importância foi promulgada na década de 60, a Lei n. 4.121/62, também conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que alterou inúmeros artigos do Código Civil de 1916, sendo um marco de transformações legais acerca dos direitos e deveres das mulheres, contribuindo, assim, para a emancipação feminina em diversos aspectos e atual patamar de igualdade garantida pela Constituição Federal de 1988.

No Código de 16 a mulher era considerada plenamente capaz após completar vinte e um anos, entretanto, quando se casava perdia essa capacidade plena e se tornava relativamente incapaz, conforme seu artigo 6º, inciso II, e, por isso, ela precisava da autorização de seu marido para a prática de vários atos da vida civil. Ainda, o artigo 240 o código elenca um rol de situações pelas as quais a mulher precisaria da outorga marital, como, por exemplo, para exercer profissão, aceitar ou repudiar herança, litigar em juízo cível ou comercial, aceitar mandato e outros.

O direito do marido em autorizar o exercício de uma alguma profissão por sua esposa, também se encontrava previsto no artigo 233, inciso IV, reforçando o forte caráter de dependência feminina neste código. Este último artigo só foi alterado 46 anos depois, com o

Estatuto da Mulher Casada que concedeu capacidade plena à mulher, bem como, a opção de exercer poder familiar em conjunto com seu marido, o de exercer ou não profissão, sem precisar de autorização de seu esposo e, ainda, o poder de solicitar a guarda em caso de separação (HIRONAKA, 2018).

A posição de subjugação da mulher perante o CC/16 foi reforçada em inúmeras passagens, regulamentando situações até de cunho pessoal, sendo válido mencionar algumas delas. A primeira se encontra no artigo 186 o qual determina que nos casos de discordância entre os cônjuges, deveria prevalecer a vontade paterna. Ainda, no artigo 380, o código atribuía ao homem o exercício do pátrio poder, podendo a mulher exercê-lo apenas na falta ou impedimento do marido (BRASIL, 1916).

Dessa forma, é notória a influência que o Código de 1916 sofreu dos direitos romano e germânico, e isto é evidente com o caput do artigo 233 que coloca o pai em uma posição de poder superior a de mulher e filhos, sendo considerado “chefe da sociedade conjugal”. Somente após o Estatuto da Mulher Casada, este artigo foi alterado no sentido de que caberia à mulher a função de colaboradora do seu marido no interesse comum do casal e dos filhos.

Outra norma que reforçava esta posição hierarquicamente inferior que a mulher tinha na sociedade à época, era de que com o casamento ela assumia a obrigação compulsória de adotar o nome do seu marido, nos termos do parágrafo único do artigo 240 do CC/16. Esta condição só foi alterada com advento da Lei n. 6.515 de 1977, também conhecida como Lei do Divórcio, que tornou uma faculdade a inclusão ou não do apelido do marido. É válido adiantar que o Código Civil de 2002 converteu em opcional a adoção do sobrenome do cônjuge tanto para o homem como para a mulher (HIRONAKA, 2018).

Ressalta-se, ainda, que a indissolubilidade do casamento foi prevista como preceito constitucional presente na constituição de 1934. Na contramão do crescimento considerável dos movimentos de defesa à dissolução do vínculo conjugal, as Constituições seguintes de 1937, 1946 e 1967 seguiram tratando o vínculo como indissolúvel, não regulamentando a situação dos desquitados na formação de novas uniões, algo que se tornou cada vez mais frequente naquela época.

Em 1977 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 9 que alterou o parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, retirando o caráter de indissolubilidade e perpetuidade do casamento. Com isto, a Lei do Divórcio, do mesmo ano, consolidou um processo pró-divórcio que já vinha ocorrendo no Brasil, o que acabou por contribuir

diretamente para a revolução do antigo conceito da instituição familiar. Conforme Dias (2015, p. 354) esta lei trouxe o instituto da separação judicial como um substituto legal ao antigo desquite, que resultava na mesma consequência: pôr fim à sociedade marital sem dissolver o vínculo, introduzindo o divórcio como uma das causas terminativas da sociedade conjugal.

Para que ocorresse esta dissolução, era necessária que se tivesse pelo menos cinco anos de separação de fato, com início do prazo anterior à vigência da lei, devendo ser comprovada a causa da separação para que se pudesse converter em divórcio, indiretamente. Assim, o divórcio direto foi previsto nas disposições finais e transitórias, sendo possível apenas em casos emergenciais e excepcionais.

Esta lei alterou outros regramentos do CC/16, sendo válido mencioná-los, como a extinção da obrigação da mulher em adotar o nome do marido, o reconhecimento dos filhos ilegítimos por testamento cerrado, a inclusão de todos os filhos, independentemente da origem, na sucessão hereditária e a substituição da regra do regime de comunhão universal de bens para o de comunhão parcial de bens, para os que se casavam sem pacto antenupcial. Estabeleceu, também, que ambos os cônjuges seriam obrigados ao sustento dos seus filhos e, em caso de separação judicial, cabia ao cônjuge responsável pela separação, pensionar o outro respeitando aspectos da necessidade e possibilidade (MIRANDA, 2011, p. 12).

Siqueira (2010) destaca que outros importantes dispositivos ajudaram na compreensão da evolução da história do direito de família, como a Lei 3.133 de 1957, já mencionada, que alterou alguns artigos do CC/16 acerca do instituto da adoção provocando vários benefícios tanto para o adotado quanto para o adotante, bem como a Lei 6.216/75 que promoveu grande avanço social ao permitir à concubina a possibilidade de utilizar o nome do companheiro se com ele tivesse filhos ou se vivessem em união por, pelo menos, cinco anos.

Tendo ainda, o Decreto n. 73.617/74, que considerou a companheira dependente do trabalhador rural, e, nesse sentido, na década de 90 a Lei 9.032/95, que permitiu a inclusão da companheira na categoria de beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, concedendo-lhe tratamento idêntico ao do cônjuge. Em 1984 a Lei n. 7.250 determinou que o filho havido fora do casamento poderia ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos, por meio de sentença transitada em julgado. Contudo, somente com a Constituição Federal de 1988 o direito de família consolidou suas transformações mais profundas.

2.3 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E O IDEAL IGUALITÁRIO

Observa-se que com o passar do tempo o instituto familiar brasileiro passou por diversas alterações conceituais e estruturais. A promulgação da Constituição Federal em 1988 provocou grandes mudanças no direito civil, como um todo, mas, em especial, no direito de família. Foi, portanto, um marco para o direito brasileiro, pois reunificou o sistema elegendo um novo rol de novos de valores para o ordenamento jurídico compatíveis com a sociedade à época. Sociedade esta que vinha de uma sucessão de leis esparsas que alteraram várias vezes o Código de 16, de modo que não havia mais uma harmonia sistemática (HIRONAKA, 2018).

Neste sentido, o artigo 226, caput, da CF/88, proclama que a família é a base da sociedade devendo ter proteção especial do Estado. Esta nova configuração constitucional, de acordo com Dias (2015, p. 57), é fruto de um Estado Social que intervém na vida privada como forma de proteger o cidadão. Logo, com a constitucionalização do direito civil houve, também, uma universalização e humanização do direito das famílias, que se distanciou do modelo individualista, tradicional e elitista da codificação do século anterior.

Diante da realidade social deste período, com a saída de um governo autoritário, a Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito tendo como um de seus fundamentos basilares o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio em conjunto com os princípios constitucionais da liberdade e igualdade acarretou na ampliação do conceito familiar. Para Lôbo (2018, p. 24), a solidariedade, o consenso e o respeito à dignidade das pessoas que integram a família, configuram os fundamentos desta imensa mudança de paradigma consolidada na CF/88.

A Constituição instituiu a igualdade entre seus membros, tanto entre homens e mulheres, quanto entre os filhos. Em seu art. 3º, inciso IV, estabeleceu como objetivo fundamental da República à promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo, dentre outros, reforçando em seu art. 5º, o inciso I, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Além disto, a constituinte revolucionou os direitos das mulheres, consolidando, ainda, a igualdade entre homem e mulher nas relações conjugais quanto ao exercício do poder familiar, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 5º, da CF/88).

Desta feita, é evidente o cuidado da Constituição em reforçar a equiparação entre os sexos nos dispositivos supracitados. Por outro lado, conforme Venosa (2017) para o legislador

há o desafio em acompanhar as rápidas evoluções sociais e científicas como as múltiplas modalidades familiares e as novas formas de concepção, a exemplo das fertilizações artificiais. Portanto, constitui um avanço jurídico e tecnológico a consagração constitucional da autonomia da vontade no planejamento familiar:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, Art. 226)

De mais a mais, o legislador constitucional consolidou em seu art. 227, caput, a proteção especial com garantia de assistência estatal à criança e adolescente, afastando a classificação discriminatória quanto aos filhos ilegítimos do Código de 1916, ao determinar no § 6º, a igualdade absoluta entre todos os filhos, atribuindo-lhes mesmos direitos e qualificações, independentemente de origem, vedando quaisquer tratamentos diferenciados entre os havidos ou não do casamento, ou adotados.

Outro ponto de extrema importância é o reconhecimento constitucional de outras formas de constituição familiar, como a união estável e a família monoparental, esta última formada por um dos pais e seus descendentes. Isto fez com que a família deixasse de ser caracterizada pelo casamento, pela união de um par ou pelo caráter reprodutivo, adotando o afeto como centro das suas relações.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988, Art. 226)

Entretanto, a proteção constitucional à união estável não foi incorporada automaticamente nas varas de família, diante do preconceito que ainda pairava na sociedade. Com intuito de assegurar a aplicação do preceito constitucional, conforme Siqueira (2010, p. 1), o legislador criou as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, a primeira dispendo sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Já a segunda reconhecendo como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, estabelecida com a finalidade de constituir família.

Acerca destas transformações que a entidade familiar sofreu, Rolf Madaleno (2020, p.102) conclui que:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Observa-se que a Carta Magna listou de forma expressa apenas três modelos familiares: o casamento, a união estável e a família monoparental. Contudo, para Lôbo (2015, p. 61) os tipos explicitados seriam meramente exemplificativos, uma vez que art. 226, da CF/88, é cláusula geral de inclusão, e, por isto, não se pode admitir a exclusão da entidade que tenha como base a afetividade, ostensibilidade e objetivo de constituir família. As demais entidades familiares são implícitas considerando a ampla abrangência do conceito indeterminado de família.

Em 1990 o Brasil ratificou a “Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança” aprovada pela ONU em 1989, que, de acordo com Pereira (2017) estabeleceu uma proteção ao bem-estar de todos, em particular, das crianças. Contudo, a preocupação com a criança e adolescente já era uma questão levantada pela ONU desde 1959 com a aprovação da “Declaração Universal dos Direitos da Criança”, a qual visava uma conscientização global (VENOSA, 2017).

Ainda de acordo com Venosa (2017, p. 34), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990), representa grande evolução jurídica ao colocar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, tendo como objetivo a regulamentação e efetivação da proteção integral de assistência estatal à criança e ao adolescente disposta no art. 227, da CF/88. Ressalta-se que, o ECA substituiu a Lei anterior nº 6.697/79, também conhecida como Código dos Menores, que os tratava como objeto da relação jurídica.

Nesse sentido, destaca-se o art. 21, do ECA, que confirma a ampliação do pátrio poder além dos limites da sociedade conjugal:

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. (BRASIL, 1990, Art. 21)

Assim, com o ECA, o instituto da adoção, por exemplo, passou a ter nova regulamentação, devendo a criança ou adolescente ter o direito de ser criada e educada em seio de uma família natural ou substituta, atribuindo a adoção e aos filhos adotados os mesmos direitos e deveres dos demais filhos, inclusive sucessórios, repetindo, ainda, a vedação

constitucional de tratamento discriminatório entre os filhos adotados, havidos ou não do casamento.

A Constituição de 1988 institucionalizou o divórcio direto, não mais com o caráter de excepcionalidade de outrora, reduzindo o prazo para dois anos do requisito da separação de fato, afastando a necessidade de identificação de uma causa para a sua concessão, conforme redação § 6º, do artigo 226: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Importante trazer à baila a inovação legislativa da Lei nº 8.560 de 1992, que permitiu a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e o reconhecimento destes por meio de registro de nascimento, escritura pública ou particular, por testamento ou, ainda, por manifestação expressa e direta perante o juiz. A lei prevê, também, a fixação de alimentos provisórios ou definitivos para o filho reconhecido quando da sentença que atesta a paternidade (ZENI, 2010, p. 71).

Esta lei revogou expressamente os artigos 332, 337 e 347 do Código Civil de 1916, que tratavam, respectivamente, do parentesco em legítimo e ilegítimo, estabelecia quem era o filho legítimo e organizava como se dava a prova da filiação legítima. Os artigos 5º e 6º da lei proibiram que se fizesse referência da natureza da filiação na certidão de nascimento, bem como o estado civil dos genitores, exceto se houvesse sentença fundamentada autorizando (ZENI, 2010).

2.4 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Após diversas alterações legislativas, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 precisou de uma completa reforma, tendo em vista que inúmeros dispositivos já haviam sido revogados e outros iam de encontro com os novos princípios instituídos pelo novo Estado Democrático de Direito, o que acarretou na promulgação da Lei n. 10.406 de 2002, que instituiu o Novo Código Civil brasileiro.

O Código Civil de 2002, com intuito de adequar-se à nova realidade social mais igualitária, alterou a nomenclatura de pátrio poder para poder familiar, sendo este exercido igualmente pelo pai e pela mãe, afastando-se, assim, da conotação patriarcal hierarquizada do

homem sob a mulher e filhos. Entretanto, Dias (2015, p. 781) critica que tal alteração não foi das melhores, uma vez que manteve a ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família, e sabe-se que os pais não possuem apenas poder sob os filhos, mas, também, um conjunto de direitos e deveres acerca da educação, proteção, sustento, guarda e outros.

Ainda, no entendimento de Maria Berenice Dias (2015, p. 782):

Não é somente com relação à expressão poder familiar que o Código Civil é criticado. Repete o que já não tinha nem sentido e nem aplicabilidade na legislação pretérita, em face da ordem constitucional. Não disciplina as questões do poder familiar nos novos modelos de família e mantém o antiquado instituto que concede aos pais o usufruto dos bens dos filhos.

Neste sentido, o Código de 2002 trouxe menos inovações do que poderia ao tempo de sua publicação, principalmente pelo fato de ter sido aprovado após vinte anos de sua idealização. Apesar de o projeto ter sido atualizado com as legislações que foram surgindo, suas novidades principais, de certa forma, foram perdendo o caráter de novas, já que outras leis tratavam daqueles assuntos que seriam regulados pelo novo Código. Mesmo assim, representou grande evolução, principalmente se comparado a sua antiga versão, e alguns de seus dispositivos foram sendo adaptados com o tempo através do legislador, da doutrina e da jurisprudência (HIRONAKA, 2018, p.360).

Observa-se que, à família matrimonializada foi atribuída atenção especial, tendo em vista que o casamento inicia o livro do Direito de Família com 110 artigos. Não obstante, não traz a conceituação da família ou do casamento, apenas estabelece os requisitos para a celebração do casamento, elencando direitos e deveres dos cônjuges, sendo o dever de fidelidade recíproca o primeiro deles, bem como os regimes de bens e as questões patrimoniais com o fim do vínculo conjugal (DIAS, 2015, p. 257). Apesar de não definir o conceito de casamento, o código determina sua finalidade no artigo 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

O código regulamenta, ainda, o instituto da União Estável determinando em seu art. 1.723 os requisitos para sua configuração: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Ressalta-se que, já é entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (STF) que a moradia sob o mesmo teto não é requisito para configuração da União Estável.

Apesar destes avanços, o legislador omitiu-se em algumas questões sensíveis à sociedade da época, como a união entre pessoas do mesmo sexo. Observa-se que o artigo supramencionado retrata apenas da união entre homem e mulher, pois somente em 2011 sua interpretação foi alterada por meio do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, atribuindo interpretação conforme a Constituição ao reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo, retirando deste artigo qualquer significado que obste a união destes como entidade familiar.

O código também estabelecia regras distintas para direito sucessório no casamento e na união estável, tendo, em 2017, sido declarado inconstitucional o artigo 1.790, do CC/02, com o julgamento do Recurso Extraordinário Nº 878.694, atribuindo aos companheiros os mesmos direitos sucessórios que os cônjuges. Na mesma sessão plenária do STF, restou decidido que esta equiparação também iria abranger as uniões estáveis de casais homoafetivos.

Além deste caso, omitiu-se, também, em regulamentar à família monoparental consagrada pela CF/88, composta por um dos pais e seus filhos, que, de acordo com Dias (2015, p. 242), corresponde à realidade de um terço das famílias brasileiras que se formam diante de algumas situações, como o divórcio, a morte de um dos cônjuges e, ainda, com mães ou pais solteiros. Seu fundamento também está presente no art. 19, do ECA, o qual prevê o direito da criança e adolescente ao convívio familiar, ainda que na falta de um dos pais.

Neste sentido, para Dias (2015, p. 257), o Código Civil de 2002:

Limitou-se a incorporar a legislação que regulava as uniões estáveis e esqueceu as famílias monoparentais. Assim, no atual estágio da sociedade, soa bastante conservadora a legislação que, em sede de direito das famílias, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente o casamento, como se fosse o destino de todos.

Como leciona Siqueira (2010), no atual código o homem deixa de ser “chefe da família”, a qual passa a ser comandada pelo casal com igualdade de poderes, devendo a tomada de decisões serem de mútuo acordo. Havendo divergência, não há mais a prevalência da vontade do pai, devendo a questão ser sanada pelo Poder Judiciário. Além disto, incorporando previsão do ECA, que determina a perda do poder familiar para o pai ou a mãe que castigar de forma imoderada seu filho, abandoná-lo ou praticar atos contrários à moral e bons costumes.

Apesar do direito de família do novo código ter repetido algumas expressões do antigo, de ter dado posição privilegiada ao casamento e ao cônjuge em comparação ao companheiro e silenciado sobre questões importantes, incorporou, por outro lado, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre cônjuges e entre os filhos, da liberdade no planejamento familiar, da solidariedade familiar, da afetividade e de proteção integral da criança e do adolescente.

Ao repetir o artigo 2º da Lei do Divórcio, o novo Código Civil estabelece as causas que implicam o fim da sociedade conjugal em seu artigo 1.571, dentre elas, a separação judicial e o divórcio. Incluindo, no parágrafo 1º, para fins de extinção do casamento, a morte presumida de um dos consortes. Em 2007, com a Lei n. 11.441 foram inseridas espécies administrativas do divórcio e da separação, que incluiu no CPC/15 o artigo 1.124-A, estabelecendo que preenchidos os requisitos legais quanto aos prazos, desde que não houvesse filho menor ou incapaz, a forma consensual extrajudicial destes institutos poderia ocorrer por escritura pública.

Apenas com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 o artigo 226, § 6º, da CF/88, ganhou nova redação, eliminando deste o requisito da prévia separação de fato pelo lapso temporal de dois anos para requisição do divórcio, seja na forma litigiosa ou consensual, consagrando o divórcio direto sem prazo ou requisitos, podendo, qualquer dos cônjuges, sem declinar causas ou motivos, a qualquer tempo, buscar o divórcio direto.

O CC/02 conservou em seu artigo 1.596 a regra já incorporada pela CF/88, de vedação a quaisquer designações discriminatórias entre filhos havidos ou não do casamento, e os adotados, tendo estes o mesmo direito. Apesar disto, ela continua existindo para fins de reconhecimento da paternidade e maternidade, tendo em vista que o casamento gera a presunção de paternidade e maternidade, inclusive nas hipóteses de inseminação artificial. Contudo, como leciona Dias (2015), a filiação decorrente da fecundação heteróloga e a filiação socioafetiva também são merecedoras dos mesmos direitos.

E, finalmente, o tratamento das ações que discutiam a guarda foi alterado com o Código de 2002, que passou a determinar que esta fosse atribuída ao genitor que demonstrasse melhores condições de exercê-la, considerando melhor interesse para o menor. Somente com a reforma realizada nessa parte do Código em 2008, surgiu a possibilidade de se ter guarda compartilhada, que hoje é a regra, sendo que a unilateral seria concedida a quem melhor atendesse às necessidades especiais do filho (HIRONAKA, 2018).

Assim, a origem biológica deixou de ser determinante para a definição do vínculo de filiação. O direito fundamental à convivência familiar, a proteção integral de crianças e adolescentes e a posição destes como sujeitos de direitos, refletem na identificação de novos vínculos de parentalidade, considerando que a filiação passou a ser identificada pela presença de vínculo afetivo paterno-filial. Existindo, hoje, a filiação jurídica estabelecida por presunção no Código, sendo elas a biológica e a socioafetiva fundada no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa (DIAS, 2015, p. 657).

Nesse sentido, acerca da família na atualidade, salienta Lôbo (2018, p. 13):

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

Dessa forma, a família teve seu sentido patrimonialista e patriarcal transformado, o afeto passou a ser elemento nuclear essencial nas relações familiares contemporâneas, com base na voluntariedade, no amor, na felicidade e na solidariedade, traduzindo a atual concepção plural e eudemonista da família, que, conforme Dias (2015, p. 248) busca a felicidade e satisfação individual por meio da emancipação de seus integrantes.

À luz do direito contemporâneo se mostra impossível, com base nos princípios constitucionais, conceituar o fenômeno familiar de uma só forma, a própria doutrina reconhece o pluralismo das entidades familiares, como a família anaparental composta apenas pela convivência entre irmãos, a informal, a homoafetiva, as paralelas, a poliafetiva, a monoparental, a reconstituída, ou, ainda, a substituta, todas tendo como base o afeto nas relações entre seus membros.

A família contemporânea, portanto, passa a ser caracterizada pela diversidade, considerando a facilidade de ruptura do vínculo conjugal, a emancipação feminina, o livre planejamento familiar, a igualdade entre seus membros e a proteção integral da criança e do adolescente, não tendo mais o casamento, a procriação e a manutenção do patrimônio como paradigmas absolutos.

Como bem destaca Lôbo (2018, p. 16):

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento de suas antigas funções para o espaço preferencial de realização dos projetos existenciais das pessoas. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a

recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o locus por excelência da repersonalização do direito civil.

Conclui-se que, a família se transformou na mesma medida que a sociedade evoluiu, adaptando-se às novas realidades e novas necessidades que surgiram das alterações sociais, culturais, políticas e econômicas. Em que pese nos tempos atuais existirem diversos arranjos familiares, nossa legislação ainda não acompanhou, de forma plena, o ritmo das transformações ocorridas no seio familiar, sendo, de extrema importância, a regulamentação para que se viabilize a igualdade e a concretização de direitos.

3. A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL E A GUARDA

Com as articulações do movimento feminista na década de 60, vários costumes conservadores da época foram denunciados, impulsionando, assim, a luta por igualdade entre homens e mulheres, acesso a métodos contraceptivos, equiparação social, garantia ao mercado de trabalho, pensão por morte e proteção contra violência doméstica. Tais pressões sociais culminaram na gradual redução da submissão da mulher ao homem, e, conseqüentemente, no crescimento do movimento divorcista.

Com a Lei do Divórcio, em 1977, houve melhor aceitabilidade social e maior facilitação do processo de rompimento da sociedade conjugal, com a substituição do desquite pela separação judicial. Sabe-se que hoje o direito ao divórcio direto está calcado no princípio constitucional da liberdade e da dignidade da pessoa humana, não havendo mais necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos para requisito do divórcio em acordo da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 que alterou a redação do artigo 226, § 6º, da CF/88.

Em 2012, a pesquisa do Registro Civil do IBGE apurou que o Brasil registrou no ano de 2011 o maior índice de divórcios desde a criação da pesquisa pelo IBGE em 1984, alcançando 2,6 divórcios para cada mil habitantes, em comparação com a taxa de 1,8 de separações em 2010. Foram registrados 351.153 divórcios, com um aumento de 45,6% em relação ao ano de 2010 (IBGE, 2012, p. 39). O ano de 2011 demonstra o quão grande foi o impacto que a alteração legislativa provocou na dissolução do vínculo conjugal.

É pacífico, atualmente, que o casamento é apenas uma das formas de constituição de família, e o divórcio, por sua vez, outrora indissolúvel, sofreu diversas transformações conforme a própria evolução social, deixando de ser um direito subjetivo para se tornar um direito constitucional potestativo que independe da concordância do outro cônjuge, livre de prazos ou requisitos, podendo ser manifestado a qualquer momento. Afinal, como pontua Dias (2015, p. 358), se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar.

Neste sentido, prelecionam Pablo Gagliano e Rodolfo Filho (2017, p. 633):

Nesse diapasão, portanto, detectado o fim do afeto que unia o casal, não havia e não há qualquer sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais. Numa perspectiva crítica, sempre defendemos que caberia à lei somente estabelecer condições ou requisitos necessários para a disciplina das relações afetadas pelo fim do casamento (guarda de filhos, uso do nome, alimentos, divisão patrimonial etc.),

pois apenas aos cônjuges, e a ninguém mais, é dada a decisão do término do vínculo conjugal.

A ruptura do vínculo conjugal pode ocorrer por meio do divórcio ou da dissolução da união estável, da invalidade do casamento ou da morte de um dos cônjuges. A dissolução da união ou do casamento resulta no fim do projeto de vida conjunto do casal e isto pode repercutir em todo o seio familiar, positiva ou negativamente. Quando o casal tem filhos, algumas destas consequências podem ser extremamente nocivas e irreversíveis ao desenvolvimento desses, como o abandono afetivo, material e intelectual e, ainda, a alienação parental.

O que implica em novas discussões e determinações legislativas acerca do poder familiar e da guarda dos filhos menores. E para compreensão da atual configuração da guarda compartilhada, é necessário, primeiro, analisar alguns efeitos do rompimento conjugal nas atribuições do poder familiar dos pais em relação aos seus filhos menores.

3.1 OS REFLEXOS DO ROMPIMENTO CONJUGAL QUANTO AOS FILHOS

De acordo com a pesquisa da Fundação Abrinq, “Cenário da Infância e da Adolescência no Brasil”, em 2018 estimava-se que o Brasil tinha cerca de 68,8 milhões de crianças e adolescentes, conforme estimativa populacional realizada pelo IBGE. Dados do instituto Datafolha indicam que 20 milhões de crianças e adolescentes (até 17 anos), são filhos de casais separados e que 80% destes sofrem as consequências decorrentes de atos de alienação parental (DORNELAS, 2019).

Portanto, há uma tendência histórica, após o término da relação entre os pais, de grande parte dos filhos passarem a conviver com apenas um dos pais, não tendo acesso pleno a ambos os pais. O levantamento da Consultoria IDados, realizado com base nos números do IBGE, revela que o número de mulheres chefes de domicílio atingiu total de 47,5% dos domicílios do país em 2020, 10 pontos percentuais a mais do que representava em 2012. Nos últimos 8 anos, mais de 11 milhões de mulheres passaram a comandar os seus lares (PIRES, 2020). Conforme o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 43% destas mulheres vivem em casal; sendo que 30% têm filhos e 13% não. O restante das 34,4 milhões de mulheres se subdivide entre mulheres solteiras com filhos (32%), mulheres que vivem

sozinhas (18%) e mulheres que dividem a casa com amigos ou parentes (7%) (BARBOSA, 2020).

Nem sempre, a responsabilidade parental é respeitada pelos genitores, alguns deles se afastam dos filhos intencionalmente após a separação, negligenciando deveres de cuidado e assistência afetiva, moral e psicológica. Tais dados estatísticos revelam que uma das possíveis consequências da dissolução do vínculo conjugal para os filhos é a questão do abandono afetivo.

Sabe-se que a qualidade do vínculo entre os filhos e seus genitores influencia no desenvolvimento físico, psicológico e moral desses indivíduos, na construção da sua personalidade e de seus próprios ideais. É no seio familiar que ocorrem as primeiras trocas de afeto, carinho, atenção, educação e confiança, é por isso que o direito à convivência familiar e ao desenvolvimento digno de crianças e adolescentes é constitucionalmente resguardado.

Com a constitucionalização da família, o afeto se tornou o elo principal entre seus integrantes. Contudo, salienta Lôbo (2018, p. 53) que há um dever jurídico na afetividade oponível a pais e filhos, de forma permanente, independentemente dos sentimentos que estes nutram entre si, pois para ele:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda da autoridade parental.

Dessa forma, os pais são intermediários entre os filhos e a sociedade, sendo responsáveis pelas suas relações interpessoais, garantindo-lhes uma identidade no meio social. Logo, a presença de ambos os genitores equilibra a relação com os filhos, uma vez que os pais possuem três básicas funções: “1. Assegurar a satisfação de suas necessidades físicas; 2. Satisfazer as necessidades afetivas; 3. Responder às necessidades de segurança psíquica oferecendo à criança um ‘tecido psíquico grupal’ no qual se enraizará o psiquismo da criança” (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 19 *apud* POUSSIN, 1997, p. 92).

Ainda segundo Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019), um genitor ausente, indisponível e indiferente deixa lacunas na personalidade do menor, causando marcas tão negativas quanto aquelas causadas por outro fator de ausência, como o não reconhecimento da filiação ou a morte. Dessa forma, a dissolução do vínculo conjugal afeta os filhos de diversas

maneiras, ainda mais se forem colocados em disputa de escolha entre o pai ou a mãe, podendo desencadear comportamento hostil, problemas escolares, insegurança, depressão e outros.

Assim, a falta de afeto e de cuidado no seio familiar pode resultar em indivíduos desestruturados. Nesse sentido, o Promotor de Justiça Miguel Velasquez aduz que:

O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de espantar que mais de 90% dos adolescentes infratores internados provenham de famílias bastante desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causados também pela violência urbana (SOUSA, 2012 *apud* VELASQUEZ, 2007).

Houve um momento no Direito brasileiro que o exercício das visitas era considerado uma mera prerrogativa do ascendente não guardião para com os filhos. Este costume perdurou longo tempo na sociedade brasileira, sendo responsável pelo equívoco visto até hoje, de uma geração de abandonos afetivos por pais que enxergam a visita como uma faculdade e não como exercício de um direito do seu filho. As visitas são, portanto, como um direito-dever dos pais não conviventes para com seus filhos menores, não sendo este direito restrito aos pais, podendo ser atribuído, também, aos avós (MADALENO, 2020, p. 668).

A especialista em direito de família e sucessões e autora do livro “Abandono afetivo: indenização por dano moral”, Grace Costa, entende que “o abandono afetivo consiste na omissão de cuidado, de criação, de educação, de companhia e de assistência moral, psíquica e social que o pai e a mãe devem ao filho quando criança ou adolescente” (LIRA, 2019). E além do abandono afetivo, a negligência pode se manifestar de duas outras formas: o abandono material e o abandono intelectual.

O abandono material e o abandono intelectual estão previstos nos artigos 244, 246 e 247 do Código Penal, no Capítulo III - “Dos crimes contra a assistência familiar”, o primeiro acontece quando o genitor deixa de prover, sem justa causa, a subsistência do filho menor, não proporcionando os recursos necessários ou deixando de pagar a pensão alimentícia instituída na Justiça ou, ainda, quando deixar de socorrê-lo em grave enfermidade. A pena para este crime é de um a quatro anos de detenção, além de multa fixada entre um e dez salários mínimos. Já o abandono intelectual ocorre quando o genitor responsável deixa de garantir a instrução primária de seu filho, sem justa causa. O objetivo desta norma é proteger o direito à educação da criança, sendo os pais os responsáveis pela permanência de seus filhos na escola. A pena fixada é de quinze dias a um mês de reclusão, ou multa.

Além disto, se acaso o responsável permitir que um menor frequente casas de jogo ou conviva com pessoa viciosa ou de má-vida; frequente espetáculo capaz de pervertê-lo; resida ou trabalhe em casa de prostituição, mendigue ou, ainda, sirva de mendigo para excitar a comiseração pública, também é considerado abandono intelectual, nos termos do art. 247, do CP. A pena neste caso é de detenção de um a três meses ou multa.

Quanto ao abandono afetivo, até o presente momento não há lei que o regulamente, mas é possível extrair a sua interpretação através do descumprimento dos artigos 227, da Constituição Federal e 4º, do ECA, que garantem, com prioridade absoluta, a proteção integral da criança e do adolescente, bem como do artigo 1.634, do Código Civil, que estabelece diversos deveres aos pais no exercício do poder familiar quanto aos filhos, independente da sua situação conjugal, sendo eles: dirigir-lhes a criação e a educação; exercer a guarda para tê-los em companhia; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, para viajarem ao exterior e para mudarem a residência para outro Município; nomear-lhes tutor; representar ou assisti-los nos atos da vida civil; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e, finalmente, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002, Art. 1.634).

Todavia, é válido mencionar que há o Projeto de Lei n. 700/2007 em tramitação na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, que propõe alterações ao ECA, classificando abandono afetivo como ilícito civil e penal sujeito à reparação por danos e pena de detenção. Há, também, outro Projeto de nº 4294/2008 que tramita na Câmara dos Deputados que visa acrescentar parágrafo único ao art. 1.632 do Código Civil, o qual trata sobre a inalterabilidade do poder familiar em casos de dissolução do vínculo conjugal, visando incluir nele a previsão de indenização por dano moral em caso de abandono afetivo (BARROS, 2017).

Nos últimos anos, muitos genitores que negligenciaram quanto ao dever geral de cuidado foram acionados judicialmente para serem responsabilizados pelos danos morais causados aos próprios filhos. Contudo, exatamente por não haver regulamentação legal sobre o abandono afetivo, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca da concessão de verba indenizatória como compensação a este abandono.

Muitos estudiosos defendem que a indenização por abandono não provocaria o efeito esperado de reaproximação entre o pai e o filho, uma vez que a base da família é o afeto e não há como obrigar ninguém a amar. Haveria, conforme Farias e Rosenvald (2017, p. 132/133), uma patrimonialização de valores existências:

Exatamente por isso, não se pode admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção ... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*. (grifos do autor).

Em contrapartida, Dias (2015, p. 787/788) sustenta que:

Elenca o Código uma série de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores (CC 1.634). Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o 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 encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo**, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. (grifos da autora).

Em um primeiro momento, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a negativa de afeto, por si só, não ensejaria um dano moral indenizável. Em 2012, a terceira turma do STJ concedeu indenização no caso de abandono afetivo decorrente da violação ao dever legal de cuidado imposto aos pais:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. **2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.** 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. **4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.** 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012) (grifos nossos).

Enquanto alguns autores defendem que há uma complexidade em objetivar o dever de cuidado na ausência de afeto, a Ministra Nancy Andrighi entende em seu voto que “amar é faculdade, cuidar é dever”, uma vez que o amar foge das lindes legais, encontrando-se nos campos meta-jurídicos da filosofia, psicologia ou da religião, pela sua subjetividade e dificuldade de materialização. Já o cuidado, segundo a ministra pode ser comprovado através de ações concretas em favor do filho, como a presença física ou contato ainda que não presencial. Logo, ela defende que “o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente”.

Nesta senda, o STJ tem entendimento firmado no sentido de não ser possível falar em responsabilidade por dano moral decorrente do abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. Segue trecho do julgado:

(...) 2. **Este Superior Tribunal de Justiça já afirmou entendimento no sentido de não ser possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade.** (...) 2.2. A revisão do entendimento da Corte de origem quanto ao cumprimento dos deveres da paternidade pelo recorrido, com o afastamento do abandono afetivo na espécie, somente seria possível mediante o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se permite na via estreita do recurso especial por força da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 492.243/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, quarta turma, julgado em 05/06/2018, DJE 12/06/2018) (grifos nossos).

Há uma parcela de filhos que não são reconhecidos pelos pais, o que mobilizou a iniciativa pública do projeto “Pai Presente e Certidões”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria aos tribunais de Justiça de todo país, que teve objetivo de fomentar a regularização do vínculo familiar e estimular o reconhecimento da paternidade. Isto se mostrou necessário, uma vez que, o último Censo Escolar realizado em 2011, revela que cerca de 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai na certidão de nascimento (CNJ, 2015).

Sabe-se que, o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível na acepção do artigo 27, do ECA, de acordo com o princípio da paternidade responsável, mas quando o filho não é reconhecido pelo pai este “fica sob o poder familiar exclusivo da mãe” (art. 1.633, do CC/02), caso a mãe seja desconhecida ou incapaz de exercer o poder familiar, o menor fica sob a autoridade do tutor. O ECA dispõe sobre a colocação do menor em família substituta, de forma mais ampla, não apenas se referindo à tutela, mas também à guarda e adoção (art. 28, ECA).

Como explanado acima, esta falta de reconhecimento da paternidade não enseja em indenização por dano moral em decorrência de abandono afetivo, de acordo com a jurisprudência supracitada. No entanto, o não reconhecimento do filho não deixa de se configurar como abandono à prole, como uma negativa ao filho, não só da convivência com o seu genitor, como também ao reconhecimento de parte de sua identidade biológica.

Dessa forma, o abandono afetivo causa lesões psicológicas não acidentais, que são consequências emocionais ou sexuais, de comissão ou omissão, e que ameaçam o desenvolvimento físico, psicológico e emocional, e, por isso, o abandono físico e emocional pode ser considerado maltrato infantil (LONGO, 2020 *apud* ARRENDONDO, 1998). Segundo Longo (2020), crianças e adolescentes que vivenciaram o abandono por um ou ambos os pais podem apresentar: abandono ou instabilidade escolar; medo constante do abandono; comportamento agressivo; apego reativo e pouca ou nenhuma inteligência emocional.

Uma pesquisa sobre as consequências da falta de convívio entre pai e filho, realizada nos Estados Unidos pelo Departamento de Serviços Humanos e Sociais conclui que:

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento (WEISHAUPT; SARTORI, 2014 *apud* MARTORELLI, 2004).

Apesar da realidade de abandono afetivo, a dissolução do vínculo afetivo do casal não extingue o poder familiar, já que a extinção deste se dá apenas com a morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção ou decisão judicial em casos de castigo imoderado ao filho, deixar o filho em abandono, práticas de atos contrários à moral e bons costumes e outros, conforme artigos 1.635 e 1.638, do CC/02. Nestas hipóteses há, de fato a interrupção permanente do poder familiar, que pode ser recuperada, eventualmente, por meio de procedimento judicial, desde que se prove que não existe mais a causa que ensejou a perda.

Nos dizeres de Paulo Lôbo (2018, p. 135) a cessação da convivência entre pais, decorrente do rompimento da sociedade conjugal, não dissolve o vínculo entre pais e filhos, nem cessa a convivência familiar destes, ainda que os genitores residam em locais diferentes:

Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos incapazes. O princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito (LÔBO, 2018, p. 135).

Nesse sentido, o Código Civil estabelece em seu artigo 1.579 que o “divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, nem o novo casamento de um dos genitores poderá comprometer seus direitos e deveres em relação aos filhos. Além disto, o Código reforça a manutenção do poder familiar com o artigo 1.632 ao determinar, expressamente, que a “separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

Em síntese, leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 785/ 786):

Tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se divide igualmente entre os pais (CC 1.631). Durante o **casamento** (CC 1.566 IV) e na vigência da **união estável** (CC 1.724) ambos são detentores do poder familiar. Rompido o vínculo de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores (grifos da autora).

Os genitores que se separam possuem deveres acerca do poder familiar que ultrapassam os limites da desconstituição da união ou do casamento, com a administração do poder familiar, exercendo a guarda dos filhos menores e assegurando-lhes todos os direitos constitucionalmente garantidos. Dias (2015, p. 372) ressalta, ainda, que, pela obviedade, era de todo dispensável a lei proclamar a inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos em caso de divórcio e novo casamento.

Há, assim, a necessidade prioritária de se assegurar o bem estar dos filhos com a garantia, em especial, do direito à convivência familiar e comunitária, em observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente consagrado no artigo 227, caput, da Carta Magna de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de repetir a determinação constitucional, dispõe no artigo 19 que toda criança e adolescente detém o direito de “ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Tal mudança de paradigma foi incorporada e regulamentada pelo ECA, que em seu artigo 1º consagrou a proteção integral à criança e ao adolescente, ao passo que o art. 3º assegura aos menores o exercício de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana com a devida proteção integral, para que se desenvolvam em ambiente de liberdade e dignidade, independentemente da situação familiar em que se encontrem.

Busca-se, na acepção de Dias (2015), a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes através do princípio do melhor interesse do menor, diante da posição de vulnerabilidade em que se encontram:

A maior **vulnerabilidade** e **fragilidade** dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com **prioridade absoluta**, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227) (DIAS, 2015, p. 81, grifos da autora).

Portanto, o poder familiar, outrora chamado de pátrio poder, se mantém íntegro com rompimento do vínculo afetivo entre os pais, havendo a sujeição dos filhos a este poder quando menores e não emancipados, de acordo com art. 1.630, do Código Civil. Logo, pode-se conceituar o poder familiar como sendo um “plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes” (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 699).

Neste contexto, complementa Dias (2015, p. 783):

O poder familiar é **irrenunciável**, **intransferível**, **inalienável** e **imprescritível**. Decorre tanto da paternidade natural como da **filiação legal** e da **socioafetiva**. As obrigações que dele fluem são **personalíssimas**. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. (grifos da autora).

Os pais não podem renunciar ou se desobrigar do poder familiar por este ser um dever irrenunciável, assim como não decaem do genitor pelo fato de não exercê-lo, tendo em vista que a perda só se dará nas hipóteses legais e, também, não pode ser transferido a terceiros pelos pais, nem a título gratuito ou oneroso. O poder familiar deve ser exercido de forma plena, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, em qualquer que seja a sua situação conjugal, nos termos do artigo 1.634, do CC/02.

Observa-se, portanto, que o poder familiar é uma consequência direta da parentalidade e da filiação, não do casamento. Os genitores são os defensores legais e protetores naturais de seus filhos, os titulares e depositários dessa autoridade específica que é delegada pela sociedade e pelo Estado (LÔBO, 2018, p. 215). Isto corresponde ao princípio da paternidade responsável previsto no artigo 226, § 7º, da CF/88, que trouxe importantes alterações acerca da responsabilidade dos pais, como o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, da Carta Magna de 1988). Nesse sentido, Lôbo (2018, p. 51) conclui que:

A paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir. Não somente os pais, mas também todos os que integram as relações de parentesco ou grupo familiar.

Outra consequência negativa de extrema importância que pode ocorrer com a ruptura do laço afetivo entre os genitores, é a alienação parental. Esta pode decorrer do próprio abandono afetivo, quando um dos genitores abandona a prole e o outro, eivado de ressentimento, faz campanha de desqualificação do genitor ausente. Ou, o mais comum de ocorrer, quando da dissolução do laço conjugal entre os pais, um ou ambos não sabem lidar bem com o fim do relacionamento e acabam usando o filho para atingir o outro, visando afastamento entre eles.

Trata-se, pois, de um abuso emocional e este comportamento coloca crianças e adolescentes no centro de vinganças entre os genitores e, até, em situações de disputa pela guarda, o que é extremamente nocivo à formação e desenvolvimento psicológico desses. Pela complexidade e por ser objeto do presente trabalho, a alienação parental será estudada, de forma detalhada, em momento oportuno, no próximo capítulo.

Com isto, tem-se que, quando da dissolução do vínculo conjugal, os maiores prejudicados acabam sendo os próprios filhos, que na grande maioria das vezes, têm o contato com um dos pais drasticamente reduzido, quando não extirpado, comprometendo, assim, o crescimento saudável da criança. Não basta apenas ter o título de “pai” ou “mãe”, é preciso exercer as responsabilidades decorrentes da parentalidade, como o dever de cuidado e assistência, promovendo uma criação com educação, afeto, respeito e dignidade.

3.2 A GUARDA

A definição do conceito de guarda caminha no sentido de assegurar a criação, educação, sustento e a convivência familiar e comunitária do filho menor, o que decorre das garantias constitucionais aos direitos dos filhos e dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor. A guarda como um atributo do poder familiar constitui um direito e um dever, um direito de manter a convivência com o filho, mas também um dever de resguardar a vida do seu filho e exercer sobre ele a vigilância (MACIEL, 2019, p. 223).

Dessa forma, a guarda, independentemente de sua modalidade, de modo geral:

É um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial. (RAMOS, 2016, p. 48 *apud* CARBONERA, 2000, p. 47).

Apesar de ter conceito unitário, o ordenamento brasileiro atribui dois tratamentos jurídicos ao instituto da guarda, aquele previsto no Código Civil de 2002 e o estabelecido pelo ECA (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 710). No estatuto, o artigo 33 orienta que: “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”. Já no Código Civil se estabelecem as duas modalidades, a guarda unilateral e a compartilhada, na qual a primeira implica na atribuição a apenas um dos genitores e a segunda na responsabilidade conjunta do pai e da mãe pelo poder familiar (BRASIL, 2002, Art. 1.583, caput e § 1º).

Da leitura, depreende-se que a guarda civil regula a proteção dos filhos menores na esfera da família natural decorrente da autoridade parental exercida pelos pais, enquanto a estatutária é mais ampla, pois trata da guarda em situações excepcionais como quando crianças e adolescentes estão em situação de risco e são colocados em família substituta, como forma de regular a posse de fato nos casos de tutela, adoção, ou, ainda, para suprir a falta eventual dos pais ou responsável, nos termos dos §§ 1º e 2º, do art. 33, do ECA.

O Estatuto dispõe, ainda, sobre a atribuição natural da guarda do menor aos seus pais, determinando o direito do menor ser criado no seio de sua família e de forma excepcional por família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária, bem como atribuindo aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos seus filhos menores (BRASIL, 1990, Arts. 19 e 22).

Em síntese, Morais (2018, p. 59) pontua que:

(...) a guarda pode ser analisada sob o prisma de diferentes normas e finalidades (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, Constituição Federal) e subdividida, num primeiro plano, em provisória ou definitiva. É provisória em algumas situações que demandam certa urgência e servem para suprir a falta eventual dos pais ou responsável até o momento em que seja tomada a medida cabível (art. 33, § 2.º, ECA). Por outro lado, caracteriza-se a guarda definitiva, quando for regularizada a posse de fato do menor (art. 33, § 1.º, ECA), quando resultar de decisão judicial.

De acordo com Madaleno (2020) a guarda é compreendida como uma atribuição do poder familiar, embora não seja de sua essência, pois a guarda pode ser atribuída a terceiros, como nos casos da tutela e das famílias reconstituídas. Todavia, Morais (2018, p. 58) defende que a definição de guarda não pode representar apenas os direitos e deveres que os pais possuem em relação aos filhos, deve, ainda, ser considerado o princípio da supremacia do melhor interesse da criança do adolescente. Assim, o seu conceito não está restrito apenas à obrigação de prestar assistência material e educacional, uma vez que precisa atender a relação de afetividade e melhor desenvolvimento psíquico do menor.

Portanto, tanto nos casos de separação entre os pais, quanto nos casos de nunca terem vivido juntos, de preferência, devem acordar acerca da guarda dos filhos. Ressaltando que, na prática, nem sempre este corresponde ao que de fato é melhor para o filho, portanto, o juiz deve analisar se o acordo sobre a guarda contempla realmente o melhor interesse do menor, ou o reduz, visando à superação do ambiente conflituoso, optando pelos interesses de um ou de ambos os pais, vez que o magistrado pode regular de maneira diferente, "a bem dos filhos", sempre que houver motivos graves, nos termos do art. 1.586, do Código Civil (LÔBO, 2008, p. 2).

Nos dizeres de Lôbo (2008), a guarda pode ser extinta caso seja comprovado o tratamento não conveniente da criança ou adolescente por parte do guardião ou pessoas de sua convivência familiar. Podendo, também, ser modificada ou subtraída pelo juiz caso o guardião abuse de seu direito quando exceder os limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes, nos termos do art. 187, do Código Civil.

Quanto às modalidades de guarda, esta pode ser unilateral, alternada e compartilhada. Quando é atribuída a apenas um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva, sendo estabelecido o regime de visitas ao outro genitor, que não está isento de exercer o poder familiar. A lei define guarda unilateral como sendo aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o

substitua (art. 1.583, § 1.º, do CC/02), devendo este supervisionar os interesses de seus filhos com base na legitimidade que possui para “solicitar informações ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos” (BRASIL, 2002, Art. 1.583, § 5º).

Durante muito tempo esta espécie de guarda foi a mais utilizada no Brasil, na qual o menor permanece na guarda de um dos pais, possuindo residência fixa com este e recebendo visitas periódicas do outro genitor com base no direito à convivência familiar. Pode ser requerida por consenso de ambos os pais ou quando um deles declara ao juiz que não deseja a guarda compartilhada, conforme o que orienta o art. 1.584, I e § 2º, do CC/02.

Muitas vezes os pais resistem em aceitar este instituto com receio de se tornarem alheios à vida dos próprios filhos. Contudo, há aqueles que optam por este tipo de guarda, mas, ainda assim, não exercem a visitação de forma periódica e acabam, de fato, se afastando dos filhos e tornando-se espectadores da criação deles. Observa-se, com isto, que a redação do art. 1.589, do Código Civil, determina que o genitor não guardião “poderá visitá-los” como se o direito de visitação fosse uma mera faculdade atribuída ao genitor não guardião.

O § 4º, do art. 1.584, do Código Civil, incluído pela Lei n. 13.058/14, estabeleceu uma sanção civil para hipótese de descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, qual seja, a redução de prerrogativas atribuídas a seu detentor. Observa que esta sanção acaba por fomentar ainda mais o distanciamento entre o genitor e seu filho, podendo ocasionar ou agravar a situação da alienação parental ou abandono afetivo. Assim, pode-se dizer que, sem dúvidas, a tendência da guarda unilateral é afastar o laço de paternidade da criança com o não guardião, tendo em vista que o tempo de contato com a criança é reduzido, além do dia de visitação ser estipulado previamente sob as regras do guardião e nem sempre este é um bom dia para tal (DIAS, 2015, p. 822).

Por sua vez, a guarda na sua modalidade compartilhada é atribuída a ambos os pais e, por isso, incentiva maior convivência com os filhos, uma vez que os pais são colocados em posição de igualdade de direitos e deveres para com os filhos, nos termos do § 1º, do art. 1583, do Código Civil. Nesse tipo de guarda há, portanto, um compartilhamento da responsabilidade legal sobre todas as tomadas de decisões acerca da vida dos filhos, devendo decidir de forma conjunta. Assim, ela tende a amenizar os efeitos da dissolução do vínculo conjugal para as crianças, considerando maior equilíbrio na presença de ambos os genitores.

Não obstante a legislação apresentar apenas as duas modalidades supramencionadas de guarda, há uma discussão acerca da possibilidade de aplicação da, então chamada, guarda alternada. Nela, ao contrário da compartilhada, o filho residirá com ambos os genitores em épocas alternadas e, enquanto estiver sob os cuidados de um deles, esse irá exercer de forma exclusiva as responsabilidades parentais, ao passo que aquele terá direito a visitação. Assim, essa forma “impossibilita o desenvolvimento adequado da personalidade do infante, pois o sujeita a constantes momentos de encontros e separações de seus pais – ferindo, assim, o princípio da continuidade” (MORAIS, 2018, p. 59).

Contudo, não há que se dizer que a guarda compartilhada é uma modalidade da alternada, na qual há apenas a diferença na fixação da moradia do menor, tendo em vista que, como leciona Lôbo (2018, p. 140) ao citar Dolto (1989, p. 74), sob o ponto de vista da psicanálise, a guarda alternada é prejudicial ao menor, pois deixa de haver *continuum* afetivo, espacial e social. Por isso, a doutrina especializada recomenda que a sua utilização seja excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, principalmente quanto à convivência simultânea com os pais.

Observa-se que, ao longo do tempo, a guarda dos filhos passou por diversas alterações legislativas e, historicamente, havia uma tendência às mães ficarem com seus filhos diante do papel social da mulher na maternidade e no lar, ao passo que o homem era considerado mais despreparado para tais funções, já que ocupava o papel de provedor. Como leciona Akel (2018, p. 37), as necessidades da vida moderna e a própria igualdade de direitos e obrigações, fizeram com que o homem fosse convocado a participar mais ativamente das tarefas domésticas e de cuidado com os filhos, deixando de ser espectador para ser “participador”. Nesse sentido, Paulo Lôbo (2018, p.142) ressalta que:

A opção preferencial pela mãe nem sempre resulta no melhor interesse da criança. As mudanças socioeconômicas havidas nas famílias, notadamente da emancipação feminina com sua crescente inserção no mercado de trabalho, provocaram estreitamento das diferenças culturais entre os gêneros, que relegavam à mulher papéis distintos aos dos homens. (...) A preferência para a mãe, persistente no inconsciente coletivo, com reflexos nas decisões judiciais, além de violar o princípio da igualdade previsto no § 5º do art. 226 da Constituição, constitui resquício dessa tradicional divisão de papéis, que desmerece a dignidade da mulher.

Logo, durante muito tempo, a questão relativa à guarda exclusiva, de acordo com Lôbo (2018, p. 141) era consequência de um sistema que privilegiava os interesses dos pais no conflito e na investigação pela culpa da separação, o que para Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 42/43) era uma espécie de sanção a punir o cônjuge culpado pela separação, sendo a

guarda concedida ao “cônjuge inocente”. Com as mudanças que foram ocorrendo na sociedade, essa previsão que havia no Código Civil de 1916 e na Lei de Divórcio de 1977 sofreu fortes transformações:

Com o advento do princípio do superior interesse da criança ou da prioridade absoluta desta, tutelado na Constituição, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no ECA, pouco importa a culpa para efeito da guarda do filho. O Código Civil, nessa linha evolutiva, extirpou de vez a injusta relação entre direito à convivência e culpa pela separação, revogando a norma contida no art. 10 da Lei n. 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial (LÔBO, 2018, p. 141).

No Código Civil de 1916, se ambos fossem culpados, a decisão iria depender da idade e do sexo da criança. Já no Estatuto da Mulher Casada de 1962, se ambos os genitores fossem culpados, dava à mulher a possibilidade de ficar com os filhos. A Lei do Divórcio de 1977 manteve o critério de identificar o culpado pela separação genitor para fixação do guardião do filho, contudo previa em seu artigo 13 a possibilidade do juiz regular de maneira diversa. (MACIEL, 2019, p. 227/228).

O Código Civil de 2002 não traz a fixação da guarda associada à culpa de qualquer dos pais, pois tem como objetivo resguardar os direitos constitucionalmente atribuídos aos filhos. Assim, atualmente, é pacífico que o melhor interesse do menor deve ser priorizado como objeto central da tutela jurídico-familiar das crianças no processo de guarda, independentemente dos interesses de seus genitores. Quando estes não chegarem a um acordo mútuo, após a separação, sobre a forma de convivência de cada um, deve o juiz assegurar o contato permanente dos filhos com os pais.

Na psicologia, sustenta-se que a criança não tem que escolher entre o pai ou a mãe, é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura e posição social (LÔBO, 2018, p. 135). Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro, privilegia o melhor interesse do menor ao instituir a utilização prioritária da guarda compartilhada, visando à manutenção da coparentalidade, referenciando o direito constitucional à convivência familiar, sendo de grande importância para desenvolvimento saudável da criança.

3.3 A GUARDA COMPARTILHADA

3.3.1 Sua origem e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Moraes (2018, p. 71) o instituto da guarda compartilhada foi adotado, há muito tempo, em vários países, enquanto em outros a sua introdução é recente, como o caso da Itália, tendo sido levantados debates internacionais tanto no direito estrangeiro quanto no brasileiro. Sua origem ocorreu na Inglaterra com a *Common Law*, pois foi na década de 60 que surgiu a primeira decisão a respeito desta modalidade, então chamada de “joint custody”. Logo após, difundiu-se por diversos países da Europa, como a França e a Alemanha, depois na América como o EUA e Canadá, até chegar ao Brasil.

Sabe-se que, historicamente, a criança era considerada objeto que se submetia ao *pater* poder do patriarca. Tanto que na Inglaterra do século XVIII a criança era vista como “uma coisa pertencente ao seu pai (*thing to be owned*)”. A guarda era preferencialmente concedida ao pai, somente posteriormente que a preferência passou a ser da mãe (AZANBUJA, 2012, p. 4 *apud* PEREIRA, 1999, p. 2).

Conforme Velly (2011, p. 12/13) ao citar Quintas (2010, p. 105 a 114), a guarda passou a ser atribuída à mãe apenas com o *British act* de 1939, dando início a doutrina do “tender years” na qual os filhos menores de 7 (sete) anos deveriam estar sob a guarda materna. Assim, na tentativa de alcançar um equilíbrio, os Tribunais Ingleses passaram a decidir através da “split order” que distinguia *custody* do *care and control*, isto é, a custódia do cuidado e controle, fracionando o exercício da guarda entre os genitores, tornando a mãe responsável pelos cuidados cotidianos (*care and control*) e o pai pelo poder de direção da vida do filho (*custody*), sendo este o início do que futuramente viria a ser a guarda compartilhada. Com o *Children act de 1989*, o parlamento estabeleceu que o ponto mais importante a ser considerado na fixação da guarda era o bem-estar da criança.

Foi na França, em 1987, que surgiu a primeira lei sobre a guarda compartilhada, a Lei *Malhuret* – “garde parentale conjointe” (guarda parental conjunta), visando atenuar as disparidades da guarda exclusiva. Com isto, o Código Civil francês passou a regular a guarda compartilhada, determinando que após o divórcio, com base no interesse da criança, o poder parental seria exercido em conjunto pelos pais ou por apenas um deles. Atualmente, o Código Civil da França estabelece como regra que o pai e a mãe exerçam juntos a “autoridade

parental”, ainda que se separem (VELLY, 2011, p. 14/15 *apud* QUINTAS, 2010, p. 105 a 114).

Ainda segundo Velly (2011, p. 13) mencionando Quintas (2010, p. 105 a 114), nos Estados Unidos a guarda compartilhada surgiu com a igualdade entre homens e mulheres através do fim da presunção maternal na fixação da guarda, e também, pela busca do interesse da criança, por isso, com base em pesquisas intensas acerca da transformação das famílias, ganhou normas complexas. No ano de 1970 um grupo de pais iniciou um movimento a favor da guarda compartilhada, pois almejavam manter as relações com os filhos após o divórcio.

Atualmente, como leciona Sousa e Obregon (2019) existem diversas modalidades de guarda nos Estados Unidos, como a *Alternating Custody*, *Sole Custody*, *Split Custody*, que são, respectivamente, a guarda alternada, exclusiva, dividida, dentre outras. Apesar disto, passou-se a priorizar a guarda compartilhada diante da primazia da proteção do melhor interesse da criança - “best possible solution for the child”. Dessa forma, os EUA incorporou rapidamente a guarda compartilhada, sendo, hoje, adotada em inúmeros Estados americanos, devendo o juiz justificar em sentença fundamentada a inadequação deste modelo ao caso.

No Brasil do Código Civil de 1916, o pátrio poder era exercido pelo marido e, apenas em sua ausência, pela mulher, como visto no capítulo passado. Com base nisso, adotava-se a “Teoria da Culpa” na concessão da guarda, a culpabilidade pelo fim do relacionamento determinava qual dos pais ficaria com a guarda dos filhos. Se o desquite fosse amigável, a guarda seguiria o que foi acordado pelos cônjuges, em caso de desquite judicial, a guarda seria determinada em favor do cônjuge inocente. Se ambos fossem culpados, seria considerada a idade e o sexo dos filhos, as meninas e os meninos menores de 6 (seis) anos permaneciam sob a guarda da mãe e, a partir desta idade, os meninos seriam entregues ao pai (BRASIL, 1916, Art. 326, § 1º e § 2º).

A Lei do Divórcio revogou algumas destas determinações, mantendo as regras acerca da guarda na dissolução consensual, contudo, na judicial, se ambos os genitores fossem considerados culpados, os filhos menores passariam a ficar em poder da mãe, conforme redação do art. 10, § 1º, da lei. Somente com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, este panorama começou a mudar, pois foi introduzida no ordenamento a pluralidade de formatos familiares, a igualdade entre homens e mulheres, bem como a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.

Assim, destaca Moraes (2018, p. 71):

Na perspectiva em foco, o princípio da prioridade do maior interesse da criança (*best interest of children*), do direito anglo-saxão; (*l'intérêt supérieur de l'enfant*), do direito francês; e (*migliori interessi del bambino*), do direito italiano, foi elevado, no nosso sistema, à condição de metaprincípio por possuir função preponderante na interpretação das leis, em decorrência da natureza específica e vulnerável do menor.

Nesse sentido, o CC/02 atribuiu igualdade de oportunidade na concessão da guarda, estabelecendo os direitos e deveres dos genitores no exercício do poder familiar e a proteção dos filhos quando da dissolução do casamento. Contudo, absorveu a matéria relativa à dissolução da sociedade conjugal regulamentada na Lei do Divórcio, inovando ao afastar a concessão direta da guarda à mãe, ao determinar que nas separações judiciais litigiosas a guarda fosse atribuída àquele que revelasse melhores condições de exercê-la. Não sendo este nenhum dos pais, poderia ser concedida a terceiro que, preferencialmente, tivesse grau de parentesco e afinidade com o menor (BRASIL, 2002, Art. 1.584, parágrafo único, redação original).

O Código Civil de 2002 previa a guarda compartilhada, porém não de forma obrigatória, por isso, na tentativa de adequar a realidade nacional à tendência mundial da época, surgiu a Lei n. 11.698 de 2008, que consagrou o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, alterando, significativamente, os arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil, ao estabelecer a possibilidade dessa modalidade de guarda em conjunto com a unilateral, determinando que, sempre que possível, quando não houvesse acordo entre os pais, a forma compartilhada deveria ser utilizada.

Dessa forma, a modalidade unilateral apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua com um dos seus genitores. E, por essa razão, a Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho. (GONÇALVES, 2012, p. 277).

Nesse contexto, Lôbo (2008, p. 8) salienta que:

A guarda compartilhada era cercada pelo ceticismo dos profissionais do direito e pela resistência da doutrina, que apenas a concebia como faculdade dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos emergentes da separação. Havia difundido convencimento de que a guarda compartilhada dependia do amadurecimento sentimental do casal, da superação das divergências e do firme propósito de pôr os filhos em primeiro plano, o que só ocorria em situações raras. A lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separam. Ao contrário, quando não houver acordo "será aplicada" pelo juiz, sempre que possível, na expressa previsão do § 2º do art. 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008.

Contudo, como se tratava de uma faculdade, diante da expressão utilizada pela lei “sempre que possível”, na prática dos Tribunais, ignorando-se a nova orientação legal, a atribuição da guarda unilateral continuou sendo aplicada de forma majoritária, diante do costume social. Por isso, visando incentivar a maior utilização da guarda compartilhada, foi promulgada a Lei n. 13.058 de 2014, considerando o princípio constitucional que prioriza, de forma absoluta, os direitos das crianças. Esta lei alterou a anterior de 2008 ao modificar os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, do Código Civil, a fim de estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Sustenta Lôbo (2008, p. 137) que a lei supracitada volta-se essencialmente para a divisão de forma equilibrada do tempo de convívio dos pais com os filhos na responsabilização conjunta do poder familiar. E esta seria uma das razões pelas quais a denominação correta seria “convivência compartilhada”, já que o termo guarda, apesar de amplamente utilizado no ordenamento brasileiro, acaba sendo reducionista ao evocar poder ou posse do genitor sobre o filho.

A nova redação do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, dada pela Lei n. 13.058/14, estabeleceu como regra a guarda compartilhada, ao determinar, inclusive, a sua aplicabilidade ainda que não houvesse acordo entre os pais e ambos possuíssem condições de exercer o poder familiar, excetuando-se, apenas, o genitor que declarar ao magistrado não querer a guarda do menor. Assim, somente em com a lei de 2014 o compartilhamento da guarda ganhou obrigatoriedade jurídica, uma vez que a lei anterior estipulava apenas a preferenciabilidade desta.

Dessa forma, a previsão legal da guarda compartilhada como regra instituída no ordenamento brasileiro decorre de uma tendência crescente adotada em vários países do mundo que teve início com a Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU, 1959) e foi fortalecida pela Convenção de New York sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989). Portanto, resta claro que as últimas alterações no Código Civil (Leis n. 11.698/2008 e 13.058/2014) tentaram se adequar à nova realidade social importando influências de legislações estrangeiras (MORAIS, 2018, p. 71).

Ressalta-se que, a Lei n. 11.698/08 incluiu no artigo 1.583, do Código Civil, o parágrafo 2º, o qual passou a estabelecer que a guarda unilateral deveria ser concedida ao genitor que oferecesse “melhores condições de exercê-la”, que seria a capacidade de propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor, saúde, segurança e educação. Contudo, tal previsão foi revogada com o advento da Lei nº 13.058/2014, diante da nova previsão de

obrigatoriedade da forma compartilhada de guarda, passando a ser preferencialmente adotada quando da dissolução do vínculo conjugal.

Assim, a atual conceituação do instituto da guarda encontra-se prevista no artigo 1.583, §1º, do Código Civil, consoante se vê *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002, Art. 1.583).

O artigo supracitado determina, ainda, em seus parágrafos §§ 2º, 3º e 4º que na guarda compartilhada o tempo de convívio entre os genitores deve ser dividido de forma equilibrada e a moradia dos filhos será aquela que melhor atender os interesses dos menores, ao passo que, a unilateral obriga o genitor não guardião a supervisionar os interesses dos seus filhos, podendo solicitar informações e prestação de contas (BRASIL, 2002, Art. 1.583). Somente quando um dos pais rejeitar o compartilhamento de forma expressa, não poderá o juiz impor-lhe.

Nos termos do art. 1.584, do CC/02, a guarda pode ser requerida em consenso por ambos os pais ou por qualquer deles em ação autônoma que dissolve o vínculo conjugal, ou até, em medida cautelar, podendo, também, ser decretada pelo juiz ao observar às necessidades específicas do filho e, ainda que tenham os pais escolhido a guarda unilateral, qualquer deles poderá pleitear alteração, a qualquer momento. Ao estabelecer o compartilhamento, pode o magistrado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se basear em orientação técnica de equipe interdisciplinar para adequar uma divisão equilibrada no tempo que a criança passará com cada genitor.

As vontades pessoais e escolhas dos pais podem ser consideradas, contudo, não devem se sobrepor de forma absoluta à preocupação central de como o desenvolvimento da criança poderá ser afetado a depender da forma como ocorrer à dissolução do vínculo conjugal, e, principalmente, da própria disputa judicial pela fixação da guarda. Portanto, como sustenta Madaleno (2020, p. 759), deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, ao considerar como critério crucial para fixação da guarda a própria felicidade dos filhos, e não os interesses particulares dos pais, muito menos para lhes outorgar a guarda da criança como um troféu.

Por isso, em decorrência do primado constitucional do direito da criança à convivência familiar, a preferência legal é pela aplicação da guarda compartilhada, tanto que se determina que o juiz deve informar aos pais, em audiência, o significado e a importância na aplicação da guarda compartilhada, conforme determinação do § 1.º, do 1.584, do CC/02. Com isto, pode-se concluir que, toda decisão judicial sobre direito de família, deve, necessariamente, observar o princípio do melhor interesse da criança, e que, nos casos de guarda, na ampla maioria das vezes, implica no desejo de manter o convívio com os pais.

Pontua-se, ainda, que há quem considere a regra do compartilhamento uma ingerência demasiada do Estado na vida particular, não se considerando a vontade do filho de não querer conviver com um dos genitores. Por isso, o ECA determina que, sempre que possível, a criança ou adolescente deve ser devidamente ouvido e a sua opinião considerada, nos termos dos arts. 2.º; 15; 16 incs. I e II; 28, §§ 1.º e 2.º, do ECA (DIAS, 2015, p. 887).

Contudo, se o juiz julgar conveniente, pode ouvir a criança ou adolescente, desde que isto não provoque danos psicológicos às essas. A opinião deles não pode ser decisiva, pois a criança não deve ser colocada em conflitos de lealdade ou afetividade, e, por vezes, pode estar induzida por um dos pais em casos de alienação parental. Logo, ainda que lhes assegurem o direito de serem ouvidas, não se mostra saudável, conforme alerta de especialistas, envolverem as crianças na escolha efetiva entre um dos genitores, pois lhes acarretaria conflitos psíquicos e sentimentos contraditórios, afinal, desejam permanecer com ambos os pais. Devendo o juiz optar pelo uso da assessoria de equipes multidisciplinares para que possam fornecer-lhe elementos mais seguros para decisão (LÔBO, 2018, p. 139 e 143).

Além disto, havendo motivos graves que atentem contra os interesses dos filhos, poderá o juiz regular de modo diferente do compartilhamento, conforme orientação do artigo 1.586, do Código Civil. Podendo, ainda, segundo Lôbo (2018, p. 136) ser suspenso ou extinto o direito à convivência, caso seja comprovado que um dos genitores ou terceiro do ambiente familiar não trata convenientemente à criança ou o adolescente.

De acordo com Rolf Madaleno (2020, p. 758/759), a Lei n. 13.715 de 2018, alterou o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, neste último incluiu novas hipóteses de perda do poder familiar por ato judicial, sendo elas:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão (BRASIL, 2002, Art. 1.638, parágrafo único).

Ademais, havendo maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, o art. 130, do ECA, com parágrafo único acrescentado pela Lei n. 12.415/2011, possibilita ao magistrado ordenar o afastamento do agressor da moradia comum, devendo constar da medida cautelar a fixação de alimentos provisórios para a criança ou o adolescente que dependem do genitor agressor (MADALENO, 2020, p. 761).

Dito isso, insta salientar que, a defesa pela aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a fim de que se obtenha maior equilíbrio no contato do filho com os genitores ao afastar o monopólio parental, visando contentar o melhor interesse ao desenvolvimento da criança, exclui, por óbvio, as hipóteses supracitadas. Pois, ao envolverem crimes e violência, direta ou indiretamente, ao menor ou seu outro genitor, implicam na destituição do poder familiar do autor do crime, conforme determinação legal, não havendo que se falar em manutenção do compartilhamento da guarda, tendo em vista que isto seria ainda mais nocivo à criança.

É válido acrescentar que, de acordo com Sousa e Obregon (2019), acerca da aplicação da guarda compartilhada, ainda que não haja consenso dos genitores (Art. 1854, § 2º, CC/02), existem dois posicionamentos opostos, um considerado uma “vertente otimista”, adotada por países como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Brasil, que defendem o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada, mesmo que não haja consenso dos genitores, e o de uma “vertente pessimista”, de países como Espanha e Portugal, que defende que deve haver consenso dos pais.

À vista disto, a obrigatoriedade à guarda compartilhada, atribuída pela nova lei decorre do melhor interesse para a criança, não devendo esta se limitar à concordância dos pais. Por isso, leciona Lôbo (2018, p. 138) que cabe ao juiz decretar a guarda compartilhada durante o curso das ações de divórcio ou extinção da união estável, tendo em vista que não é conveniente aguardar o deslace dessas ações, considerando que a “formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui”. Conclui-se que:

A guarda compartilhada é obrigatória, independentemente da concordância dos pais separados. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos (LÔBO, 2018, p. 138).

A adaptação à “vertente otimista” no Brasil é recente, por isso, dados Estatísticos do Registro Civil de 2010, revelam que o crescimento da forma compartilhada de guarda entre cônjuges divorciados passou de 2,7% em 2000 para 5,5% em 2010, e, em Salvador, quase metade delas ficaram sob a guarda de ambos os pais. Assim, Salvador representou, à época, a capital onde houve maior proporção de filhos no modelo da guarda compartilhada com 46,54% dos filhos menores de casais que se divorciaram em 2010 (IBGE, 2010).

Entretanto, de acordo com o IBGE (2012), 87,1% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelos filhos delegada às mulheres, demonstrando a preferência feminina na atribuição da responsabilidade pela guarda dos filhos menores, ao passo que somente 5,4% dos filhos menores ficaram sob a guarda compartilhada em 2012. Essa preponderância das mulheres com a guarda unilateral foi observada em todos os estados da Federação neste ano, dentre os quais, somente o Rio Grande do Norte representava 91,1% dos casos, dentre os divórcios ocorridos neste estado (IBGE, 2012, p. 43).

Isto demonstra que, apesar da obrigatoriedade legal do compartilhamento da guarda, a modalidade unilateral ainda é a mais aplicada no judiciário, diante da questão histórica de ser o modelo mais utilizado através da vontade dos próprios genitores. Todavia, dados estatísticos mais recentes do Registro Civil de 2018, realizado pelo IBGE, constata que “em 2014, a proporção de guarda compartilhada entre os cônjuges com filhos menores era de 7,5%. Em 2016, essa modalidade passou a representar 16,9% dos divórcios judiciais concedidos; em 2017, o percentual aumentou para 20,9%; e, em 2018, para 24,4%” (IBGE, 2018, p. 6).

Vê-se, pois, que há um aumento gradual na adoção da guarda compartilhada no Brasil, o que é um reflexo do estímulo legislativo na tentativa de difundir os benefícios que esta modalidade pode trazer ao filho e aos pais. Sabe-se que, o princípio do melhor interesse do menor se tornou norteador nas decisões envolvendo direito das crianças e adolescentes, especialmente, sobre a guarda. E este advém do direito anglo-saxão, segundo Ramos (2016, p. 68/69), da expressão *best interest of the child*, e do qual pode-se extrair os fatores gerais que devem ser considerados na fixação da guarda:

“(...) o amor e os laços afetivos entre o genitor e a criança; a habitualidade do genitor em dar à criança atenção e orientação; a saúde do genitor; o meio em que a criança vive, compreendido por lar, escola, comunidade e laços religiosos; a opinião da criança; a habilidade do genitor de respeitar a figura parental do outro para a criança e encorajar a continuidade da relação da criança com o ele” (RAMOS, 2016, p. 68/69).

Sendo assim, para as crianças, a modalidade de compartilhamento pode representar uma vida social integral da qual se “torna indispensável o compartilhamento dos pais nos deveres inerentes à guarda, em corresponsabilidade convergente, de molde a contribuir decisivamente para o pleno desenvolvimento dos filhos”. (GALVÃO, 2012, p. 2 *apud* SILVA, 2009, p.103).

E quanto ao princípio do melhor interesse da criança, Madaleno (2020, p. 759/760) ao citar Sottomayor (2003, p. 65-68) pontua que, se trata de um conceito jurídico indeterminado considerando a complexidade e multiplicidade de padrões comportamentais adotados nas famílias, sendo esta uma boa técnica legislativa para acompanhar a evolução de cada familiar. Por isso, o legislador deixou de definir o conceito exato do “melhor interesse da criança” para que este pudesse se adaptar à imprevisibilidade de cada situação familiar. Seu fundamento encontra-se no “reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude” (AZAMBUJA, 2017, p. 5).

Como sustenta Dias (2015), a guarda compartilhada garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da criança, sendo um grande avanço, pois afasta da guarda a ideia de posse, permitindo a continuidade das relações entre pais e filhos de forma equilibrada.

3.3.2 As vantagens do modelo de compartilhamento

A maioria dos doutrinadores brasileiros é favorável ao instituto da guarda compartilhada, isto porque ela resulta em inúmeros benefícios aos pais e, principalmente, aos filhos. Algumas vantagens do compartilhamento da guarda são evidentes, de acordo com Lôbo (2018), como a primazia do melhor interesse dos filhos, a promoção da igualdade dos gêneros no exercício do poder familiar, ainda que com diferenciação de funções, os pais não ficam como mero coadjuvantes sendo espectadores da criação dos filhos, além de possibilitar a continuidade das relações da criança com ambos os pais. Logo, este modelo:

Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção

e amparo dos menores. Diminui, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravessa no processo de separação (LÔBO, 2018, p.139).

Ressalta Lôbo (2018, p. 138) que a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos com seus pais, já que, ainda que separados, possuem a plenitude da autoridade parental. O que, conseqüentemente, torna desnecessária a aplicação da guarda exclusiva e o direito de visita, que costumam gerar os famosos “pais de fins de semana” ou “mãe de feriados”, privando seus filhos de suas presenças cotidianas.

O compartilhamento promove, ainda, o reequilíbrio das funções parentais, chamando os pais para a assunção de tarefas básicas de cuidados do cotidiano com o filho, antes socialmente atribuídas às mães, permitindo que ambos atuem ativamente na vida dos filhos. De modo que, retira o antigo genitor não guardião da guarda exclusiva, da posição de mero espectador, atribuindo a este a corresponsabilidade pela educação, criação e formação social e psicológica da criança, em conjunto ao outro genitor.

Não se pretende afirmar que a parentalidade não possa ser exercida por apenas um dos genitores, apenas ressalta-se que esta opção pode provocar conseqüências para a criança como a falta de um referencial na figura paterna ou materna e, conseqüentemente, as lacunas psíquicas decorrentes disso, bem como, o conflito de lealdade diante da desproporcionalidade no exercício do poder familiar, o que tende a ocasionar uma divisão na personalidade dos filhos, que pode ser mais ou menos comprometedor da sua integridade psíquica, como demonstram diversas pesquisas no campo da psicologia (LÔBO, 2018, p. 139).

Sobre a guarda compartilhada, Akel (2018, p. 39) pontua que:

Pesquisas realizadas no mundo inteiro comprovam que, com a utilização desse tipo de guarda, o sentimento de abandono ou de perda é menor, reduzindo-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam em se adaptar às novas rotinas diárias e com a realidade de ter pais separados. Essa, na verdade, é a precípua finalidade da guarda compartilhada, ou seja, diminuir a dor e minimizar possíveis traumas.

Por possibilitar a convivência familiar entre pais e filhos, a guarda compartilhada se mostra extremamente benéfica ao desenvolvimento psicológico e emocional dos menores, que ao ter a presença equilibrada de seus pais evita sentimentos de abandono, culpa e baixa autoestima. Aos pais o modelo é positivo ao determinar o compartilhamento das decisões acerca da vida do filho e a divisão da responsabilidade, sem sobrecarregar nenhum deles,

possibilitando que eles acordem e estabeleçam acerca da divisão da convivência conforme as suas necessidades pessoais e profissionais.

Antes, o que se via, era a sobrecarga da mãe nas funções do poder familiar, enquanto os pais, em sua maioria, apenas responsabilizavam-se pelo exercício de visitas a lazer com a criança aos finais de semana. E, diante da igualdade constitucional atribuída a homens e mulheres na sociedade, principalmente, no seio familiar, a guarda conjunta permite essa igualdade nos direitos e nas obrigações do poder familiar. Além disso, a possibilidade de opinar e participar na educação, criação, cuidado e todas as escolhas da vida dos filhos, é outra grande vantagem deste modelo.

Mais um ponto positivo, é o convívio mais próximo dos pais com seus filhos. Considerando a proporcionalidade no tempo que cada genitor passa com o filho, isto faz com que a relação de feriados e finais de semana da guarda unilateral, possa evoluir para uma relação mais íntima e sólida. Bem como o maior contato do filho com os familiares de ambos os lados da família, pois quando há a unilateralidade da guarda esse contato é drasticamente reduzido. E, uma vez que, os filhos continuam sendo criados e educados de forma conjunta pelos genitores, ainda que em novo arranjo, a consequência é a atenuação dos efeitos do rompimento conjugal.

Todos estes pontos benéficos corroboram para uma melhor relação entre os pais, uma vez que não há superioridade entre eles, estando em posição de igualdade nas atribuições do poder familiar, diminuindo, assim, a incidência da realização de manipulações e chantagens emocionais com os filhos. Este conjunto tende a reduzir os conflitos entre os ex-cônjuges, uma vez que precisam estar em contato continuamente decidindo de forma conjunta, o que, conseqüentemente, diminui a exposição dos filhos a possíveis conflitos.

Esta modalidade procura fazer com que os pais, apesar do fim do relacionamento conjugal e vivendo em lares diferentes, continuem sendo corresponsáveis pela formação, criação, educação e desenvolvimento integral de seus filhos, obrigando-se a realizar da melhor forma possível suas funções parentais (MADALENO, 2020, p. 765).

(...) pode revelar, muitas vezes, um poder de conseguir que os pais sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, validando o papel parental de ambos com igualdade de importância e de relevância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar dos filhos (RAMOS, 2016, P. 67).

Para Gagliano e Filho (2017) a guarda compartilhada é a modalidade preferível em nosso sistema e inegáveis são suas vantagens, como a melhor repercussão psicológica na prole se comparada com qualquer outra modalidade, principalmente pelo fato de não existir a danosa exclusividade da guarda unilateral. E isto demonstra um avanço na busca pela pacificação de conflitos referentes à guarda e, também, um estímulo à paternidade responsável, provocando resultado positivo na dimensão psíquica do menor que passa a sofrer menos com o efeito do fim da relação de afeto de seus genitores.

Ainda, defendem os autores supracitados (2017, p. 717/718) que a guarda compartilhada é o melhor modelo de custódia final, com base no princípio da maior dignidade da pessoa humana. Contudo, para eles, uma possível desvantagem deste modelo são os casos litigiosos de ex-cônjuges que compartilham somente ódio e ressentimento, questionando como, nestes casos, seria possível partilhar da guarda. Entendem que o resultado disto pode ser o agravamento do dano psicológico e existencial ao menor, que já sofre com o desmonte do seu núcleo familiar.

Logo, observando os princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana, com interpretação conforme a Constituição parece prudente concluir que o juiz não está adstrito “cegamente” à imposição da modalidade compartilhada quando verificar possível dano existencial à criança ou adolescente (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 718). Assim, esta espécie não deve ser aplicada como solução pra todos os casos, havendo contraindicações em alguns já mencionados neste capítulo, como com cometimento de crime ou violência por um genitor, abuso de poder, bem como uma em relações extremamente conturbadas entre seus genitores.

Nesse sentido, pontua Madaleno (2020, p. 767 e 783) que não se pode ser afastada a recomendação do § 2º, do art. 1.584, do CC/02, de que é preciso considerar sempre as condições fáticas e os interesses superiores dos filhos, pois o bem-estar deles é a prioridade. Ressalta-se que, nem todo genitor presta seu tempo e disposição pessoal para maior dedicação com a prole, ou ao prestar, torna a convivência caótica, o que vai de encontro ao compromisso formal de cooperação das funções parentais na guarda compartilhada. Logo, é importante haver certa cumplicidade e flexibilidade dos genitores, bem como o respeito básico, com única e exclusiva finalidade de assegurar os interesses dos filhos.

Ainda, na mesma lógica de entendimento, Akel (2018, p. 39) afirma que apesar de defender a guarda conjunta como a mais benéfica para a criança, discorda da sua aplicação diante de litígio entre os pais, com base no melhor interesse do menor. Assim, destaca que os

pais não precisam ser amigos, contudo, se mostra imprudente pensar no efetivo exercício do compartilhamento numa relação minada por sentimento de ódio e beligerância. Portanto, a guarda compartilhada só será benéfica e trará menos sofrimento ao menor, se este não for exposto à convivência diuturna com brigas e conflitos de diversas naturezas, uma vez que isso desnaturaria o verdadeiro sentido da guarda compartilhada.

É certo que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. E para isso não são necessárias leis, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores e juízes antenados com sua realidade social (VENOSA, 2017, p. 196).

O verdadeiro sentido da guarda compartilhada, portanto, reside em privilegiar uma convivência do menor com ambos os genitores que seja minimamente harmoniosa e pacífica, incitando diálogo e maior proporcionalidade na atuação dos pais na vida dos filhos. O presente trabalho inclina-se à posição dos doutrinadores acima citados, de que caso haja litígio exacerbado entre os pais, se entende ser contraditória a imposição desse modelo de guarda, considerando que expor a prole a ambiente conturbado e desequilibrado pode trazer graves danos emocionais e psicológicos ao menor, não sendo este o melhor para a criança ou adolescente.

Noutro giro, se mostra relevante, também, o posicionamento de Patrícia Ramos (2016, p. 67/68) que defende que esta guarda pode aproximar os pais dos filhos, validando o papel de ambos com igualdade de importância, incentivando o envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e bem-estar dos filhos. E em caso de litígio, entende que os profissionais do direito e da equipe técnica saibam identificar a raiz do litígio, ou seja, se por frustração pelo fim do relacionamento, novo relacionamento do ex-cônjuge, desentendimento quanto valor de pensão alimentícia ou partilha de bens e outros, defendendo que estes motivos não podem inviabilizar a guarda compartilhada.

A autora menciona Lenita Duarte, psicanalista, que defende a aplicação da guarda compartilhada em situações de litígio, na esperança de minimizar os efeitos decorrentes da guarda unilateral como a manipulação dos filhos e de abuso de poder do guardião único, que muitas vezes fomenta situações de alienação parental e provoca o afastamento com o outro genitor (RAMOS, p. 68 *apud* DUARTE, 2009, p. 234).

Assim, Ramos (2016, p. 68) conclui que, desde que aptos para exercer o poder familiar, não pode o litígio entre o casal interferir no direito de convivência do filho com ambos os genitores, devendo ser respeitada a regra do compartilhamento e as desavenças entre os pais

tratadas individualmente por eles. Participações em reuniões de conscientização a respeito do poder familiar, encaminhamento para tratamento psicológico ou psiquiátrico, nos termos do art. 129, III, do ECA, bem como, a realização de mediação familiar, podem ser ferramentas auxiliaadoras quando existe litígio.

Observa-se ser extremamente importante a colocação da supracitada autora, contudo, acredita-se que, na prática, é arriscada a aplicação impositiva da guarda compartilhada em casos de extremo litígio. E para que esta seja aplicada, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como da dignidade da pessoa humana, deve o magistrado analisar cada caso específico conforme a realidade familiar e social da criança, uma vez que pode esse regular de maneira diversa, em casos graves, ainda que haja a obrigatoriedade legal desta modalidade (art. 1.586, CC/02).

Portanto, deverá observar sempre o melhor interesse do menor e não o dos pais, ponderando a viabilidade da primazia do direito de convivência familiar com a aplicação obrigatória da guarda compartilhada face ao grau de litigiosidade da relação dos genitores, para que esta não venha ser um meio de ameaça aos direitos da criança e do adolescente, como explanado acima, tampouco, para que a vontade dos pais, diante de pontuais desentendimentos se sobreponha ao compartilhamento da guarda. Acerca do tema, Lôbo (2008, p. 10) aduz que:

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho. Por outro lado, não é recomendável quando haja ocorrência de violência familiar contra o filho, por parte de um dos pais.

Por todo o exposto, não restam dúvidas dos benefícios deste modelo de guarda para o menor e também para os pais, privilegiando a igualdade no exercício do poder familiar, proporcionando um convívio equilibrado do menor com seus pais e, conseqüentemente, a manutenção da sua unidade familiar, o que ocasiona em melhor desenvolvimento do filho diante da diminuição dos efeitos da separação dos pais. Entende-se que, havendo relação harmoniosa e diálogo entre os genitores, apesar de eventuais discordâncias entre eles, a guarda compartilhada, de fato, se mostra o meio mais adequado para promover à criança ou ao adolescente a convivência familiar equilibrada com ambos os pais, assegurando-se uma formação mais estruturada e completa.

Os desentendimentos dos pais não podem prejudicar o relacionamento destes com seus filhos, nem o direito destes de manterem o convívio compartilhado com ambos os genitores, afinal desentendimentos fazem parte de qualquer tipo de relacionamento. Contudo, havendo relação continuamente conturbada, desestruturada e desarmoniosa entre os pais, deve ser feita a análise do caso concreto, com estudos técnicos das equipes multidisciplinares para que se tenha a melhor solução para o caso, visando sempre a proteção integral, bem como, o melhor interesse do menor na prevenção de possíveis abusos decorrentes de uma convivência familiar nociva.

Como visto neste capítulo, com a dissolução da sociedade conjugal podem surgir conflitos entre os genitores. Dentre eles está a alienação parental, na qual um deles, tomado pelo sentimento de mágoa e ressentimento, passa a usar e manipular a criança ou adolescente como meio de atingir o outro tendo como objetivo final a intenção de afastar os filhos do outro genitor. E para compreender completamente a importância desta modalidade de guarda, principalmente no que tange a mitigação da alienação parental, passamos ao estudo deste fenômeno.

4. A ALIENAÇÃO PARENTAL, SUA RESPECTIVA SÍNDROME E A LEI 12.318/2010.

4.1 CONCEITUAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS

Ainda que haja o término da relação conjugal, os pais deveriam aprender a manter um vínculo harmonioso entre si, a fim de priorizar a manutenção de laços afetivos saudáveis com seus filhos. O ideal é que os pais saibam separar a parentalidade da conjugalidade, demonstrando aos filhos que sua unidade familiar não foi rompida junto com a separação, apenas ganhou um novo arranjo. Devem, portanto, preservar a integridade emocional e psicológica de seus filhos, para que esses possam compreender melhor o término do vínculo afetivo entre seus genitores.

Por conseguinte, leciona Madaleno (2020, p. 824):

Deve ser enfatizado que não é o filho a causa da separação, sendo importante preparar a prole para o momento da ruptura conjugal, como deve ficar bem definido que entre pais e filhos segue íntegra a unidade familiar, com genitores que não deixaram de amar seus filhos. É fundamental para a prole existir um elo de cooperação entre seus pais, porque assim são capazes de aceitar e compreender o rompimento da relação conjugal.

Contudo, diante dos ressentimentos que remanescem da dissolução do vínculo conjugal, é comum ex-cônjuges, em total contramão da função parental, utilizarem os filhos para obterem vantagens pessoais quando não conseguem se dissociar de seus desentendimentos. Ignorando possíveis consequências danosas de seus atos na prole, como a angústia, ansiedade e depressão, bem como o desequilíbrio emocional experimentado pela criança que não presencia uma convivência familiar sadia (MADALENO, 2020, p. 808/809).

Como pontua Dias (2015, p. 907), eivados de sentimentos pessoais de mágoa, raiva, ódio, frustração e negação pelo fim do relacionamento, independentemente de qual tenha sido os motivos para tal, um ou ambos os genitores acabam por usar os filhos em suas vinganças e revanchismos, iniciando um verdadeiro processo de destruição, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge, conhecido como Alienação Parental.

Acerca disto, aduz Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 53):

Ainda, fruto do luto não elaborado acerca do fim dessa relação e as mudanças dela decorrentes somadas a um período de instabilidades emocionais, pode fazer com que os pais se utilizem de seus filhos como instrumentos da agressividade e desejo de

vingança direcionados ao outro. Pode surgir também no momento em que o menor alcança uma idade que o capacita a ampliar o horário de visitas ou a pernoitar com o pai não guardião.

Na ampla maioria das vezes, o nascedouro deste comportamento vingativo do alienante decorre da não superação pelo término do relacionamento. Por vezes, a alienação parental é uma prática “silenciosa”, que ocorre no seio familiar, quando um dos genitores começa a falar mentiras sobre o ex-companheiro para o filho, através de uma série de manipulações emocionais, se valendo da grande influência que possuem sobre a prole.

De acordo com Dias (2015, p. 908) um dos genitores realiza uma espécie de “lavagem cerebral de modo a comprometer a imagem que o filho tem do outro”, visando corromper a imagem do genitor alienado e afastá-lo do convívio familiar de seus filhos. Isto provoca contradição de sentimentos e o enfraquecimento ou destruição do vínculo paterno-filial, se tornando o filho “órfão do genitor alienado” e passando a se identificar com o genitor patológico, acreditando que seja verdade tudo que lhe é dito, chegando ao ponto até de participar da campanha contra o outro genitor.

A primeira definição para a Síndrome da Alienação Parental (SAP), como leciona Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 52), foi apresentada por Richard Gardner professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América, no ano de 1985, a partir de sua experiência como perito judicial em processos de guarda. A inclusão do termo “síndrome” teve intuito de conseguir a aprovação da Associação Psiquiátrica Americana, para que fosse incluída no rol do Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais (DSM-IV), visando a facilitação do seu tratamento.

Assim, Gardner conceitua a Síndrome da Alienação Parental como sendo:

(...) um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 2002, p. 01).

Parece ser evidente que tal comportamento provoca nefastas mutilações psicológicas e emocionais na criança e no adolescente, contudo, pontua Gagliano e Filho (2017, p. 721), que os pais não entendem “que a utilização do filho como instrumento de catarse emocional ou

extravasamento de mágoa, além de traduzir detestável covardia, acarreta profundas feridas na alma do menor, vítima desta devastadora síndrome”.

Para Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 32), a alienação parental ocorre com a implantação de falsas memórias:

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho.

Assim, o genitor alienante, ao exercer de forma abusiva o seu direito de guarda, implantando nos filhos falsas memórias acerca do genitor não guardião, convencendo o menor da existência de fatos e atitudes manipuladas ou inexistentes sobre o outro genitor, não conseguindo a criança ter discernimento para identificar a manipulação e, por isso, acaba acreditando no que lhe é dito. Em casos graves há, até, a implantação de falsas memórias sobre abuso físico e sexual que teriam sido supostamente praticados pelo genitor alienado.

Dessa forma, Dias (2015, p. 909) aponta que:

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

Ressalta-se, ainda, que a prática da alienação parental pode ser realizada pela mãe ou pelo pai. Há uma associação social e cultural de que este fenômeno é mais comumente provocado pelas mães, contudo, precisa-se ter em mente que historicamente, durante muitos anos, estas foram as responsáveis pela guarda de seus filhos e, até hoje, continuam ocupando as maiores porcentagens com a guarda unilateral, como visto no capítulo anterior, o que não anula a possibilidade da realização da alienação pelos pais não guardiões no período de visitas. Devendo ser destacado, ademais, que em casos ainda mais graves, o menor sofre alienação de ambos os genitores.

Todavia, é necessário ponderar que, de fato, este tipo campanha de desmoralização é mais propício de ocorrer em sede da guarda unilateral, considerando o sentimento de posse que o guardião nutre nesta modalidade, bem como a desigualdade entre os papéis dos pais, uma vez que o guardião possui o poder de decidir exclusivamente sobre os atos da vida dos filhos, enquanto ao não guardião é garantido apenas o direito de visita. E como visto no capítulo passado, a grande parte da guarda unilateral fixada no Brasil é atribuída à figura da mãe, o que leva à conclusão de que, talvez, a mãe pratique mais tais atos.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2008) em seu artigo “Síndrome da alienação parental, o que é isso?”, destaca que como a intenção da mãe é fazer cessar a convivência, ela monitora o tempo do filho com o outro genitor, controlando os sentimentos dos filhos, além de boicotar os encontros e visitas, fazendo com que o pai passe a ser visto como um invasor, um intruso.

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal **gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande.** Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. **Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. (...) Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira.** A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias (DIAS, 2008). (grifos nossos)

Assim como a supracitada autora, outros autores também sustentam que as mães lideram a prática da alienação parental, inclusive descrevendo os atos já na figura feminina, como na citação acima, por entenderem que estas estão mais propensas a cometer tal prática, com base em ressentimento pelo fim do relacionamento. Contudo, este ressentimento não é algo exclusivo da mulher, e, não pode a alienação ser difundida como um traço do comportamento feminino, considerando que de acordo com dados publicados pelo Instituto Patrícia Galvão (2017, p. 171), o Brasil é o 5º país no ranking das maiores taxas de feminicídio do mundo e grande parte desses crimes têm como fato gerador a não aceitação do homem pelo fim do relacionamento.

Há de se ter cautela na afirmação pura e simples de que a mãe, em sua maioria, é alienadora, pois ainda que, de fato, sejam majoritárias nesta prática por deterem maiores porcentagens da guarda unilateral e esta modalidade propiciar o sentimento de posse, deve-se atentar que já existe grande estigma social acerca da mulher e, principalmente, com aquela que se divorcia. Dessa forma, não se mostra positiva à apresentação do fenômeno da alienação como uma prática associada à natureza materna ou feminina, já deduzindo o pai como vítima, uma vez que os sentimentos de vingança e ressentimentos com a separação podem ser surgir de ambos os genitores, não devendo a mãe ser taxada como a alienadora em potencial, uma vez que esta conclusão limitada implicaria em uma visão sexista do comportamento alienatório.

Quanto à questão do tipo de guarda e a ocorrência da alienação parental, Lôbo (2018, p. 142) pontua que:

A lei, acertadamente, privilegia a preservação da convivência do filho com seu “grupo familiar”, que deve ser entendido como o conjunto de pessoas que ele concebe como sua família, constituído de parentes ou não. O juiz não mais pode escolher entre o pai ou a mãe, apenas. Deve preferir quem, por temperamento e conduta, possa melhor assegurar a permanência da convivência do filho com seus familiares paternos e maternos. A experiência demonstra que, muitas vezes, quem fica com a guarda exclusiva estende sua rejeição não apenas ao outro, mas aos parentes deste, impedindo ou dificultando o contato do filho com eles, convertendo-se em verdadeira alienação parental de todo o grupo familiar.

Grande parte do que se vê, é a ocorrência deste fenômeno em situações em que o guardião, por ainda ter mágoa quanto ao fim do relacionamento, provoca esta manipulação negativa no filho, objetivando acabar com as visitas do outro genitor. Conforme Madaleno (2020, p. 825), este comportamento pode iniciar de forma inconsciente e involuntária, podendo se transformar em uma clara estratégia de lealdade que corrompe os filhos, fazendo com que eles participem da alienação respaldando mentiras, ao passo que o genitor alienante assume o papel de vítima da situação juntamente com o filho, pregando querer o melhor para esse, mesmo fazendo exatamente o oposto disto.

Desse modo, Gardner (2002, p.1) conclui que:

É importante notar que a doutrinação de uma criança através da SAP é uma forma de abuso – abuso emocional - porque pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso. Em muitos casos pode conduzir à destruição total dessa ligação, com alienação por toda a vida. Em alguns casos, então, pode ser mesmo pior do que outras formas de abuso.

Assim, inúmeros podem ser os motivos que levam o genitor a praticar a alienação parental. Ainda que de forma inconsciente, na maioria dos casos, o fenômeno decorre do fim do relacionamento com o sentimento de posse pelos filhos e a vontade de tê-los somente para si. Pode advir, também, do sentimento de vingança e ódio, como já explanado, bem como, por orgulho ferido ou de inveja pelo outro genitor já estar em novo relacionamento. Além disto, por vezes, acontece até quando o casal ainda mora junto, mas já vivem rotina de desgaste afetivo, ou até, quando a prole é fruto de uma relação isolada e pontual.

É pertinente, todavia, a diferenciação entre a Síndrome da Alienação Parental (SAP) e a Alienação Parental (AP). Para Gardner (2002) a SAP seria a síndrome que decorre da alienação parental, sendo um subtipo desta, isto é, o conjunto de sintomas, que apesar de parecerem estarem relacionados, decorrem de um fator comum: a alienação parental. Segundo o autor, os sintomas da SAP aparecem na criança geralmente juntos, especialmente quando a alienação moderada ou severa, incluindo:

1. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.

2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do “pensador independente”.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações ‘encomendadas’.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado (GARDNER, 2002, p. 2).

Gardner (2002, p. 2) destaca, ainda, que as crianças que sofrem desta síndrome manifestarão a maioria desses sintomas. Em casos leves, podem não apresentar todos eles, mas, em casos moderados ou severos, é bem provável a presença de todos eles. Isto provoca uma similitude de comportamentos entre as crianças que passam por este processo, o que torna, segundo o autor, o diagnóstico da SAP algo fácil de ser feito, pois “há na SAP uma causa subjacente específica: a programação por um genitor alienante, conjuntamente com contribuições adicionais da criança programada”.

Pode-se concluir que a SAP representa as sequelas emocionais e comportamentais causadas pelos atos alienatórios, enquanto a Alienação Parental representa os atos do alienante que podem envolver uma série de ações e manobras, como abusos físicos, sexuais e emocionais, negligência e parentalidade disfuncional, que têm por fim afastar a criança do outro genitor. Por isto, não possui causa subjacente, logo “a AP pode ser vista como um grupo de síndromes, que compartilham do fenômeno da alienação da criança de um genitor” (GARDNER, 2002, p. 2).

De acordo com Coelho e Morais (2014, p. 170) as ideias de Gardner ganharam respaldo mundial e geraram controvérsias na utilização das nomenclaturas de SAP ou AP nos cenários da psicologia e, em destaque, nas Varas de Família do Brasil. Assim, o psiquiatra foi alvo de críticas de estudiosos da área que alegavam falta de embasamento científico e de estudos empíricos que sustentam o posicionamento de Gardner, para além de uma abordagem teórica e descritiva sobre um fenômeno.

Por não constar na Classificação Internacional das Doenças (CID) a conotação de síndrome não é adotada pela lei brasileira, tratando esta, apenas da exclusão proposital, mas não do conjunto de sintomas e consequências provocados pela alienação parental. Contudo, não há como falar de alienação parental de forma apartada de seus efeitos provocados por

toda a sua rede de atuação, sendo a Síndrome, portanto, um fenômeno maior do que o proposital afastamento (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 52/53).

Diante disto, optou-se, no presente estudo, pela utilização da nomenclatura Alienação Parental (AP), considerando a maior amplitude deste termo em comparação ao da Síndrome da Alienação Parental, na tentativa de tentar abarcar a diversidade de comportamentos que podem decorrer da AP, evitando-se a restrição apenas de seus efeitos, sem adentrar no questionamento medicinal acerca da sua configuração ou não como uma doença. Portanto, o uso do termo AP busca contemplar a magnitude do comportamento disfuncional que ocorre em muitas famílias e que precisa do amparo psicológico e jurídico.

Conforme Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 54), conclui-se que a alienação parental é uma campanha liderada pelo genitor (alienante) no sentido de programar a criança para que esta odeie e repudie o outro genitor (alienado) por meio de vários atos, realizando comentários desagradáveis que fazem com que a criança se sinta insegura na presença do outro genitor, por exemplo, que “o infante se cuide ou que telefone se não se sentir bem, obstaculizar as visitas ou mesmo ameaçar o filho – ou ameaçar atentar contra sua própria vida – caso a criança se encontre com o pai”, objetivando obstruir os vínculos do menor com o pai não guardião.

O Brasil não conta com dados estatísticos suficientes sobre a alienação parental. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil apresenta cerca de 60,8 milhões de crianças e adolescentes. O Datafolha aponta que existem 20 milhões de filhos de casais separados e que 80% destes, sofrem com esse mal (DORNELAS, 2019). Segundo a reportagem do Globo (2018) o número de processos de alienação parental cresceu em 5,5% de 2016 para 2017.

Este fenômeno sempre existiu e se mostrou presente em disputas judiciais pela guarda dos filhos, contudo, sua regulamentação legal no Brasil é recente, somente com a Lei n. 12.318 de 2010 a alienação parental adentrou no ordenamento brasileiro, aplicando sanções aos alienantes. A sociedade clama por pais vigilantes e juízes atentos na busca da eficiente correção processual dessa prática covarde cometida contra o menor que é impotente e frágil, priorizando-se decisões judiciais capazes de preservar a rapidez e estabilidade emocional das crianças. Por isso, o direito brasileiro reconheceu juridicamente a existência da alienação parental, comumente chamada de síndrome da alienação parental (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 119).

A lei 12.318/10 apresenta a definição legal da alienação parental, *in verbis*:

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).

Pode o alienador ser a mãe ou o pai, tendo a lei reconhecido a possibilidade de ser praticada, também, por pessoas além dos genitores, como os avós, tios e até irmãos maiores que decorrem do vínculo de parentesco, mas, também, por pessoas que tenham o menor sob sua autoridade, como por exemplo o padrasto ou madrasta. Nesse sentido, pontuam Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 37), aduzindo que assim como o alienador pode ser terceiro familiar, a vítima de alienação também poderá ser outro parente além do genitor não guardião, podendo ocorrer, ainda, antes mesmo da ruptura do vínculo conjugal, quando um dos cônjuges genitores dificulta o convívio do filho com outros parentes.

O parágrafo único, do supracitado artigo, apresenta um rol exemplificativo de atos de alienação parental, de possíveis condutas do alienador, que podem ser praticados diretamente por ele ou com auxílio de terceiros e precisam ser declarados pelo juiz ou constatados por perícia:

- 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, Art. 2º, parágrafo único).

Assim, como bem pontua Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 118) utilizando-se de chantagens de extrema violência mental, por meio de uma ou mais dessas ações supracitadas, o alienador não deixa nenhuma chance de defesa à criança ou ao adolescente alienado, que, por estar fragilizado, é facilmente levado a crer que a presença do genitor visitante não lhe faz bem, externalizando isto através da rejeição que projeta no genitor vitimado.

O próprio medo de a criança ou adolescente vir a ser também abandonado pelo ascendente que tem sua guarda faz com que o rebento se torne presa fácil do alienador, pois precisa provar sua lealdade atendendo às expectativas de rejeição ao progenitor alienado e, dessa forma, assegurar o carinho ao menos de um de seus ascendentes (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 118).

Alguns comportamentos clássicos do alienador, ainda de acordo Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 20) ao citar Silva (2010, p. 55/56), podem ser: a recusa em passar as chamadas telefônicas do outro genitor aos filhos, bem como a interceptação de qualquer correspondência física ou virtual; organizar atividades mais atraentes no dia de visita do não guardião; apresentar novo companheiro como “novo pai ou mãe”; insultar o outro genitor na frente dos filhos; obstruir direito de visitas; ocultar informações médicas e escolares dos filhos; ameaçar os filhos; proibir que os filhos usem objetos dados pelo outro genitor; culpar o não guardião pelo mau comportamento do filho e outros.

É preciso salientar que a conduta alienante precisa ser reiterada considerando que o intento do alienador de afastar o outro progenitor da vida do filho raramente se concretiza por meio de uma única ação. Portanto, como sustenta Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 42), diante da dificuldade que pode ter o processo de ruptura entre os pais, estes podem, pontualmente, de forma não reiterada, criar embaraços para o exercício do direito de visitas, em momentos específicos, o que, por si só, não configura um quadro alienatório.

A alienação parental se consolida, portanto, com a atuação do sujeito alienador, na prática de atos que visam depreciar o outro genitor, aproveitando-se da deficiência de julgamento do menor, bem como da confiança que lhe é depositada pelo filho, o que acaba transferindo, através de “pílulas negativas”, sentimentos destrutivos sobre o “vitimado”, visando incutir no menor repudia por ele e efetivando uma visão equivocada neste acerca do não guardião. Pode-se dizer que o alienador “busca turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente” (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 34/35).

Observa-se que, apesar de a lei chamar de alienado aquele genitor que sofre com alienação parental, os autores Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 35) utilizam o termo “vitimado”, destacando o entendimento interessante de que o alienado seria aquele que tem a sua percepção de fatos corrompida e equivocada, resultado da conduta alienante, quando bem-sucedida, sendo este a criança ou o adolescente e que, por isso, tratam “como alienado aquele que sofre a alienação e como vitimado aquele que sofre com a alienação”. Contudo, destacam que:

Evidente que a criança ou o adolescente são vítimas da situação de alienação parental, contudo, isto é assim sob a perspectiva *ex parte principii* (Estado), posto que adentrando à relação familiarista, por passar a ter uma noção equivocada da situação, a criança ou o menor serão considerados alienados e aquele sobre quem se deturpa a realidade será o vitimado (FIGUEIREDO E ALEXANDRIDIS, 2014, p. 35).

Esta prática abusiva e desumana, por óbvio, viola diversos princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral, do melhor interesse da criança, da paternidade responsável, bem como o direito geral de cuidado, e, especialmente, o da convivência familiar saudável, consagrados nos arts. 226, 227 e 229, da CFRB/88, também incorporados e regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, o artigo 3º da lei a alienação parental dispõe que:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010, Art. 3º).

Em nível processual, o legislador estabeleceu que meros indícios de ato de alienação parental são suficientes para que o processo tramite de forma prioritária, seja ele autônomo ou incidental, e que sejam adotadas as medidas necessárias à proteção da criança, como se vê:

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

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (BRASIL, 2010, Art. 4º).

Inicialmente, como expõe Gagliano e Filho (2017, p. 724), poderia se argumentar que esta previsão afrontaria o princípio da ampla defesa, mas, na realidade, o objetivo central é a defesa da própria criança ou adolescente que é vítima ou está na iminência de se tornar vítima dessa grave programação mental, e que vive em um ambiente familiar, no qual, na ampla maioria das vezes, se torna difícil a reconstrução fática da prova em juízo. Portanto, devem ser concedidas tutelas de urgência, observando os requisitos de probabilidade do direito e perigo de dano do art. 300, do CPC, considerando que o menor precisa de uma proteção imediata do Estado.

Entende-se, com isso, que a Lei da Alienação Parental está relacionada com o melhor interesse da criança e do adolescente, cujas necessidades precisam ser asseguradas de forma prioritária, utilizando-se, para isso, de medidas preventivas descritas no texto legal, que contemplam diversas intervenções jurídicas e terapêuticas que dependerão do estágio em que se encontra a alienação. Se rapidamente detectada, pode o problema ser solucionado com decisão judicial imediata, contudo, quando envolvem acusações de abuso sexual, diante da lentidão do sistema judicial, o genitor alienador é, invariavelmente, “premiado” de forma indevida com a interrupção imediata das relações de comunicação do filho com o genitor vitimado (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 122/123).

Identificados os atos de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz pode aplicar sanções, sem prejuízo de eventual responsabilização civil ou criminal, como estabelece o art. 6º, da lei da AP, sendo elas: a) advertência; b) ampliação de visitas em favor do genitor alienado; c) aplicação de multa contra o alienador; d) ordenar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; e) impor a alteração da guarda para guarda compartilhada para afastar a prática da alienação ou alterar a guarda para o genitor alienado; ou, ainda, f) declarar a suspensão da autoridade parental (poder familiar) do alienador (BRASIL, 2010, Art. 6º). Vale ressaltar que este rol também é exemplificativo e, conforme o caso concreto, poderá o juiz determinar duas ou mais dessas medidas, ou até outra medida visando extirpar a prática.

Caso seja identificada mudança abusiva de endereço, que obstrua ou inviabilize a convivência familiar, o juiz poderá inverter a obrigação de levar e buscar da casa do genitor, diante da alternância de período com ambos, nos termos do parágrafo único do supracitado artigo, considerando que tal ação, não somente compromete a convivência do filho com o outro genitor, mas também com outros parentes do núcleo familiar. Assim, observa-se que, há uma gradação na gravidade das sanções, que pode ser mais branda como a advertência ou mais gravosa como a suspensão do poder familiar.

Salientam Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 34) que:

Caberá ao magistrado agir com a astúcia e a sagacidade necessárias de maneira a fazer emergir a verdade, o que, aliás, diga-se, no mais das vezes, é um trabalho árduo, de modo a coibir a prática do ato, restaurando a harmonia, propiciando o livre desenvolvimento da personalidade da criança ou do jovem e até mesmo da família como um todo.

Além disto, o art. 699, do CPC, prevê que nas ações de família que envolver discussão sobre abuso ou alienação parental, ao tomar o depoimento do menor, o juiz deve estar

acompanhado por especialista, para que melhor seja conduzido o depoimento e se possa melhor detectar a alienação parental. Como bem pontua Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 39), deve-se valer de estudo multidisciplinar, apoiado em seus auxiliares como psicólogos, assistentes e psiquiatras, para que, através da perícia, se identifique de forma mais robusta a alienação parental. Sendo determinada a perícia psicológica ou biopsicossocial, deve o laudo ser apresentado em até 90 (noventa) dias, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei 12.318/10.

Para a perícia psicológica no Poder Judiciário, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) editou a Resolução nº 008/2010 regulamentando o trabalho do psicólogo perito e do assistente técnico. Como a presença do psicólogo nos casos de alienação parental é imprescindível, deve este atuar de forma ética com o devido distanciamento e isenção em relação às partes do caso. Nesse sentido, entende o CFP: “O psicólogo atuará com responsabilidade social, analisando crítica e historicamente a realidade política, econômica, social e cultural, conforme disposto no princípio fundamental III, do Código de Ética Profissional” (BRASÍLIA, 2010).

Nesta senda, Dias (2015, p. 910) destaca que, em situações mais delicadas, como de denúncia de abuso sexual, muitas vezes, o mais doloroso é que as avaliações psicológicas do caso podem ser inconclusivas, gerando um dilema nos juízes de manter ou não as visitas, ou, ainda, de extinguir o poder familiar. Uma vez que, é extremamente complexa a identificação da existência de episódios de alienação, se torna uma tarefa delicada do juiz reconhecer se está diante de alienação parental e, conseqüentemente, de uma falsa denúncia, ou se, de fato, ocorreu o abuso denunciado e inexistente caso de alienação. Sendo verdadeira a acusação, a criança é vítima da traumática experiência do abuso físico, sendo falsa, ela é vítima do abuso emocional ao ser privada do convívio do genitor que não lhe causou nenhum mal, havendo conseqüências devastadoras em ambos os casos (DIAS, 2015, p. 910).

Diante da gravidade da acusação, entende-se que é necessária a proteção integral da criança, devendo o juiz, por extrema cautela, determinar a suspensão das visitas do acusado, até que se investigue a possibilidade de falsa denúncia. Há quem defenda a manutenção da convivência familiar com o acusado, ainda que com visitas assistidas em Fórum, contudo, não parece prudente tal prática, considerando que, caso seja verídica a acusação, a criança se encontrará traumatizada. Pela ponderação, deve-se preservar a integridade da criança até que se comprove a falsidade ou não da denúncia. Nesta senda, entende-se que:

Dentro dessa dura realidade de pais que jogam com a estrutura psíquica dos filhos para atordoarem com suas desinteligências mentais a harmonia familiar, urgentes demandas devem interromper esse círculo criminoso de alienação parental, com soluções que por vezes devem passar pela inevitável troca da guarda, cuja decisão os

tribunais muito relutam por acreditarem que seria ainda mais gravoso para o filho que foi levado a acreditar e externar o falso abuso sexual de seu pai (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 119).

E como destaca Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 93), por vezes, o abuso sexual de fato ocorreu e o genitor guardião, na tentativa de proteger seu filho, pratica atos tidos e conceituados como situação de prática de alienação parental no intuito de melhor proteger o filho. Logo, não pode a acusação de abuso ser desqualificada pela alegação de possível existência da alienação parental, a qual deve ser comprovada de forma robusta em tais casos, dado o alto risco à integridade física, emocional e psicológica da criança.

É válido ressaltar que a gravidade da falsa denúncia de abuso sexual ultrapassa a lide do direito de família acerca do direito de convivência que pode ter como consequência a perda do poder familiar, pois, se comprovada a falsidade da denúncia e a situação de alienação, o alienador poderá ser responsabilizado também na esfera penal, de acordo com o tipo penal da denunciação caluniosa, previsto no art. 339, do Código Penal. Este artigo determina que reponde penalmente, sem prejuízo das outras esferas, aquele que imputar a alguém crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo, do qual se sabe que o acusado é inocente, estabelecendo a pena de reclusão de dois a oito anos e multa (BRASIL, 1940, Art. 339).

Nesse sentido, o inciso IV, do art. 2º, da Lei da Alienação Parental, que prevê como possível conduta do alienador a apresentação de falsa denúncia, gerou críticas com a promulgação da lei. De acordo com reportagem de Vinícius Mendes do site Olhar Jurídico, publicada em 2020, a Lei da Alienação Parental tem passado por nova análise no Senado, diante da polêmica referente à possibilidade de inversão da guarda em casos de denúncia de abuso sexual. Com isto, surgiu o Projeto de Lei do Senado (PLS) 498/2018 que está, atualmente, em tramitação no Senado, visando a revogação da mencionada lei.

Conforme Mendes (2020), diversos juristas são contra a revogação, havendo aqueles que defendem apenas que as devidas alterações sejam realizadas, como a advogada Clarissa Bottega, especialista em direito de família, que defende somente a revogação da possibilidade de atribuição da guarda ao genitor acusado de abuso, caso este alegue a ocorrência de alienação parental ao genitor que apresentou a denúncia. Como explicado acima, o art. 6º da lei prevê como uma das sanções a ser aplicada pelo juiz, a possibilidade de alteração da guarda para compartilhada ou a sua inversão em favor do genitor alienado, em caso de alienação parental.

A advogada pontua que muitas vezes só o inquérito para a apuração é demorado, enquanto que a ação de alienação parental anda de forma mais rápida, diante da máxima proteção da criança, contudo não se sabe se a denúncia é, de fato, falsa porque ainda se está na fase inicial da investigação, o que ocasionou grande polêmica pela possibilidade da criança ir parar na mão do genitor que pode ser abusador. Ela defende que a Lei da Alienação Parental é uma ferramenta importante e necessária para a proteção da criança, sendo este o seu principal objetivo e não a punição do alienador, devendo ser mantida, precisando apenas destas alterações (MENDES, 2020).

Sobre a aplicação de multa como sanção ao alienador, Gagliano e Filho (2017, p. 725/726), aduzem não serem favoráveis à imposição pecuniária em obrigação de fazer em situações que o “querer estar junto” deveria ser comportamento naturalmente esperado e, talvez por isso, a multa não surta o efeito social esperado. Ressaltam, contudo, que a aplicação da multa na Lei da Alienação Parental não tem esse escopo que criticam, mas o intuito é de se aplicar sanção pecuniária como medida punitiva para que o alienador deixe de realizar tal comportamento, ou seja, o objetivo “é impor a abstenção de um comportamento indevido e espúrio de alienação mental da criança ou do adolescente, o que, em tese, pode se afigurar juridicamente cabível, se outra medida não se afigurar mais adequada”.

De acordo com Lobo (2019, p. 245), em casos graves de alienação parental, profissionais da psiquiatria recomendam a suspensão do convívio entre filho e genitor alienador, pois entende que, somente assim, seria possível iniciar uma terapia para que a violência psicológica cesse, com base no art. 130, do ECA. Contudo, o art. 7º, da Lei 12.318/10, determina que a atribuição ou alteração da guarda seja concedida, preferencialmente, ao genitor que viabilize, de forma efetiva, a convivência do menor com o outro genitor, nas hipóteses em que seja inviável o compartilhamento da guarda.

Pode-se concluir que:

A gravidade da alienação parental, uma vez configurada, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda, sendo que aquele na qual o menor deposita sua confiança aproveita-se dela para manipular a vida do menor, privando-o do convívio com seus parentes, que pode levar, nos termos dos arts. 6º e 7º, ambos da Lei n. 12.318/2010, até mesmo à perda da guarda, ou à remoção da pessoa do tutor ou curador de seu mister (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 48).

O que se espera da Lei da Alienação Parental é que esta sirva como forma de coibir a ocorrência ou abortar a continuação da alienação parental, uma vez que esta se mostra como

uma forma de violência e de abuso psicológico do progenitor contra o próprio filho, afinal quanto mais cedo for identificada, maior a chance de se corrigir o quadro. A lei não deixa que o genitor alienador passe ileso sem algum tipo de punição, tentando, dentro do possível e seguro, manter a convivência familiar, havendo garantia mínima de visitação quando essa não apresente risco à integridade do filho, estabelecendo meios para que os efeitos psicológicos imputados aos filhos sejam tratados por profissionais específicos.

Dessa forma, a prática da alienação parental pode provocar inúmeras consequências para a vida das crianças e dos adolescentes, além do afastamento compulsório de um dos genitores, considerando que se encontram em fase de formação e desenvolvimento, se tornando, assim, mais propensos a manifestação de transtornos psíquicos e emocionais. E, uma criança que não tem convívio com pai ou mãe, pode inclusive, segundo Keine e Júnior (2016, p. 397), na fase inicial de sua vida, desenvolver o que Freud chama de complexo de Édipo, tanto masculino quanto o feminino.

Os efeitos da alienação são nocivos, como ressalta Dias (2015, p. 909), uma vez que as vítimas apresentam atitudes antissociais, violentas ou até criminosas; tendem a sofrer de depressão, podendo cometer suicídio e, na maturidade, sentem remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, sofrendo “de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos”.

Para Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 424) o efeito perverso da caracterização da alienação parental é o ato inconsciente de rejeição da criança ao genitor, vítima da alienação, provocando irreversíveis prejuízos às relações de contato e convivência, considerando que o tempo perdido não pode ser recuperado, já que a criança cresce e se desenvolve rapidamente. Assim, o afastamento intencional provocado pelo alienador pode ocasionar na perda de momentos importantes e únicos do outro genitor na vida do filho, como confraternizações, aniversários, eventos escolares e, principalmente, assistir e participar do crescimento deste.

Nesta senda, Fiorelli e Mangini (2020, p. 424) destacam consequências para o menor, que, em geral:

(...) indicam sintomas como depressão, incapacidade de adaptar-se aos ambientes sociais, transtornos de identidade e de imagem, desespero, tendência ao isolamento, comportamento hostil, falta de organização e, em algumas vezes, abuso de drogas, álcool e suicídio. Quando adulta, incluirão sentimentos de culpa, por se achar culpada de uma grande injustiça para com o genitor alienado.

Diversos podem ser os malefícios à saúde mental, psicológica e até física da criança ou adolescente. Os efeitos da alienação podem variar conforme idade do filho, o grau da alienação e, também, pelo contexto social e familiar, podendo ter consequências físicas, como alteração no sono e alimentação, dificuldade de atenção e concentração, baixa capacidade de controlar impulsos e suportar frustrações, podendo, na fase adulta, repetir tais padrões comportamentais (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 75).

É extremamente importante que haja a identificação célere da ocorrência da alienação parental, para que o Estado possa intervir positivamente com medidas legais e terapêuticas, objetivando a reversibilidade do quadro. Ao elencar possíveis ações do alienador, bem como as consequências que o juiz poderá aplicar, a Lei da Alienação Parental demonstra a diversidade deste fenômeno no caso prático, elevando a importância da equipe multidisciplinar no diagnóstico para que a decisão possa efetivamente contemplar o melhor interesse do menor.

E como a Lei n. 8069/90 é o dispositivo normativo que regula os direitos das crianças e adolescentes, não há prejuízo de serem aplicadas, também, as medidas previstas no seu art. 129, contra os pais que descumprirem as funções do poder familiar, já que o objetivo é a proteção integral do menor, sendo que, algumas delas até coincidem com as previstas da Lei da Alienação Parental. Aplicadas tais medidas, pode o magistrado afastá-las, de acordo com Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 56), caso não seja mais evidenciada a ocorrência da alienação, por causa da própria dinamicidade da vida.

Nesse sentido, o art. 187, do Código Civil, determina que o titular de um direito que, ao exercê-lo, extrapola os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou bons costumes, também comete ato ilícito. Por isso, para que haja responsabilização do genitor alienante, deve-se identificar o acometimento da alienação parental no menor, configurando, assim, o ato ilícito praticado pelo genitor no abuso do seu direito de guarda. E, para a configuração do ato ilícito, devem estar presentes seus pressupostos legais, previstos no art. 186, do mesmo Código, o qual estabelece que, para a responsabilidade civil ser configurada, é necessária ação ou omissão, nexos causal, culpa ou dolo do agente, bem como o dano.

O dano em ações de alienação parental é facilmente visualizado e simples de ser provado, considerando que os relatórios das perícias das equipes multidisciplinares que auxiliam a justiça conseguem, na maioria das vezes, identificar os comportamentos característicos de uma criança ou adolescente alienado. Nesse sentido, a lesão do bem jurídico

ou o dano, não é imputado somente à criança alienada, mas, também, ao genitor vitimado pelas ações do alienador em sua campanha de desqualificação.

Portanto, a possibilidade de reparação por danos morais é aplicável ao filho pelos danos psicológicos e emocionais sofridos, dos quais há grande risco de irreversibilidade, e, também, ao genitor vitimado que sofre com o afastamento e rejeição decorrente da implantação de falsas memórias que é, injustificadamente, inculcado em seu filho pelo alienador. Assim, o afastamento da criança com o não guardião fere o direito de convivência familiar, prejudicando o cumprimento da garantia de desenvolvimento saudável junto aos seus pais, ainda que divorciados. Além disto, a prática da alienação viola o art. 5, do ECA, o qual determina que nenhuma criança ou adolescente deve sofrer com negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, devendo o responsável ser punido nos termos da lei.

Logo, como forma de beneficiar o melhor interesse do menor, a fim de inibir ou mitigar a alienação parental, pode o juiz aplicar a guarda compartilhada, para que se tenha o acolhimento do direito fundamental da criança e do adolescente de ter convivência familiar e comunitária, considerando que este é um direito tão importante quanto o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e todos outros que se encontram elencados conjuntamente no art. 227, da Constituição Federal.

4.2 A ALIENAÇÃO PARENTAL NA PANDEMIA DA COVID-19

Antes de adentrar na análise da guarda compartilhada como forma de mitigar a incidência da alienação parental, é válido trazer uma reflexão acerca do tema na atual conjuntura pandêmica. No ano de 2020, a Lei da Alienação Parental completou 10 anos de vigência e este momento coincidiu com o surgimento da pandemia do Coronavírus, também conhecido como COVID-19, que vem provocando inúmeras mortes ao redor do mundo. Diante da sua alta taxa de contaminação, as autoridades sanitárias passaram a recomendar o confinamento social, o que alterou a rotina de diversas famílias.

A nova realidade de distanciamento contribui para um cenário favorável ao surgimento ou agravamento da prática da alienação parental, “disfarçada” de excesso de zelo e proteção por um dos genitores (PINTO, 2020). Segundo a reportagem de Adriana Perroni e Amanda Lüder, para o site Globo G1, em São Paulo, o número de processos por alienação parental

crianças cresceram 47% durante a pandemia, entre os meses de março de 2020 e fevereiro de 2021. Ao ser entrevistado, o juiz da 12ª Vara da Família e das Sucessões da Capital, Ricardo Pereira Junior, afirma que a pandemia dificultou o acesso dos pais aos filhos e, com isso, houve aumento no número de processos acerca do assunto, o que não foi possível quantificar com exatidão, mas os números são bem maiores e este crescimento é um reflexo direto da pandemia. Aduz, ainda, que muitos pais acabaram pleiteando para que não houvesse visitação dos filhos diante do risco de contaminação, o que vinha sendo acolhido pelos juízes no início da pandemia, mas logo foi flexibilizado, diante da continuidade por tempo indeterminado, do quadro pandêmico (PERRONI; LUDER, 2021).

Assim, tem-se que a pandemia tornou-se uma “desculpa ideal” para pais ou mães que já possuíam o desejo de afastar os filhos do outro genitor, de concretizarem tal manipulação sem parecerem alienadores. Há de se avaliar, de fato, no caso concreto, pois é possível que o genitor não guardião não esteja respeitando as medidas de segurança e agindo de forma irresponsável frente à situação de calamidade pública atual. Nesse sentido, o CONANDA – Conselho Nacional da Criança e do Adolescente, órgão colegiado responsável pela elaboração de normas gerais acerca da política nacional dos direitos das crianças e adolescentes, publicou, em março de 2020, um documento com 18 (dezoito) recomendações para proteção integral da criança e do adolescente durante a pandemia.

A orientação de número 18 (dezoito) determina que as crianças e adolescentes, em guarda compartilhada ou unilateral, não tenham sua saúde colocada em risco pelo cumprimento das visitas ou período de convivência, devendo-se substituir a convivência presencial pelos meios de comunicação telefônica ou digital, não podendo o genitor guardião impedir a comunicação do filho com o outro responsável (CONANDA, 2020)

O IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, enviou um ofício ao CONANDA apresentando ponderações acerca deste item 18, sustentando que o convívio com ambos os pais não pode ser ameaçado, já que há comprovações que este compartilhamento no cuidado dos filhos é essencial ao desenvolvimento pleno da criança ou adolescente, sendo direito resguardado pelo art. 227, da CF/88, devendo, portanto, a suspensão do convívio presencial ser optado apenas em casos onde for comprovado o risco para criança ou sociedade. O texto ressalta, ainda, que a situação indefinida do isolamento social e o afastamento por tempo indeterminado podem causar na criança situação de angústia, bem como pode contribuir para a ocorrência da alienação parental ao autorizar que apenas um genitor desfrute exclusivamente da presença física de sua prole (IBDFAM, 2020).

Assim, ainda que, de fato, o magistrado decida pela suspensão das visitas, deve-se reforçar o contato remoto através dos meios digitais, para que a manutenção do laço afetivo e o direito de convivência familiar sejam respeitados. Outra possível medida, de acordo com Pinto (2020) seria a permanência do filho por igual e maior duração na casa dos genitores, objetivando evitar a troca sucessiva e desnecessária de deslocamento, observando-se todas as medidas de proteção e higiene determinadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Logo, diante da análise do caso concreto, deve-se ponderar sobre a manutenção do convívio físico na pandemia. Caso haja risco à saúde dos filhos e daqueles com quem convive, pode ser estabelecida a suspensão da convivência presencial. Por mais que seja doloroso o distanciamento, o maior risco que este pode trazer à criança é um desenvolvimento complicado diante da “ausência” do outro genitor, contudo, a convivência e deslocamento alternado, infelizmente, geram riscos maiores, como o de morte, considerando que os pais geralmente convivem com outras pessoas no seu dia a dia, o que poderia implicar, ainda, em maiores taxas de contaminação.

Portanto, o Judiciário deve ser acionado caso haja suspeita de alienação parental, para que se investigue se o afastamento provocado voluntariamente por um dos genitores, utilizando-se da situação da COVID-19, decorre de ação de alienação parental ou de verdadeiro receio pela integridade física da criança, como quando, por exemplo, o outro genitor atua em linha de frente de combate ao vírus ou em atividades que não tiveram possibilidades de trabalho em sistema remoto.

Nesse sentido, decidiu a juíza Bárbara Correia de Araújo Bastos, da 4^a Vara de Família da Comarca de Salvador, membro do IBDFAM, ao conceder a suspensão de visitas do pai conforme solicitadas pela mãe, pois ela e seu filho eram portadores de problemas respiratórios que os colocam em grupo de risco, sendo ela portadora, ainda, de outras comorbidades. Ao passo que o pai desprezava as medidas de segurança realizando festas, indo a festas de outras pessoas e fazendo atividades em desacordo com a quarentena. Nesse sentido, a juíza afirmou em entrevista:

Nesse contexto, há de se ponderar, pois, de um lado a convivência e o contato que devem ser mantidos com ambos os genitores, e do outro, a preservação da saúde da criança, a qual resta seriamente exposta diante da atual crise mundial sanitária decorrente da pandemia causada pelo COVID-19 (IBDFAM, 2020).

A magistrada complementa afirmando que diante do caso concreto, considerando os riscos de contaminação, entende que os interesses do menor serão mais bem resguardados

com a suspensão temporária da convivência de um genitor, de forma excepcional, diante das medidas de isolamento impostas pelo Poder Público, se mostrando ser essa uma decisão mais razoável e cautelosa (IBDFAM, 2020).

Em todos os casos, é preciso manter a convivência, ainda que à distância, para que pai e filho possam interagir de forma segura, não se admitindo a proibição do contato virtual por nenhum dos genitores. Da mesma forma que a pandemia não pode ser utilizada para justificar atos alienatórios de exclusão, em mesmo nível, devem-se contrabalancear os riscos de maior contaminação decorrente do contato físico alternado. Portanto, o magistrado deve ter cautela na modificação ou suspensão da visita, considerando que o afastamento entre pai e filho beneficia a instauração ou agravamento do quadro de alienação parental.

4.3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE MITIGAR A INCIDÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Sabe-se que com a dissolução do vínculo conjugal é comum a ocorrência de inúmeros conflitos e divergências aptos a provocar efeitos traumáticos nos filhos, sendo uma delas a alienação parental. E, como apresentado no capítulo anterior, a guarda compartilhada apresenta inúmeras vantagens, por promover a igualdade de atribuições dos pais no exercício do poder familiar, uma vez que sua natureza é voltada para a corresponsabilidade e coparentalidade, e, por isso, acaba sendo o único modelo capaz de concretizar a garantia fundamental da convivência familiar plena ao filho.

Além disso, de acordo com Maciel (2019, p. 235) a guarda compartilhada prioriza a manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos, pois através do princípio da continuidade do lar há a reprodução semelhante da rotina de vida com o filho, ainda que em novo arranjo. Por pressupor a responsabilidade compartilhada e solidária dos pais acerca dos direitos e deveres do poder familiar, consegue minimizar, assim, os efeitos e traumas que podem decorrer do término do relacionamento, gerando nos filhos a sensação de permanência do seu núcleo familiar, mesmo que seus pais não convivam mais juntos.

E isto é de extrema importância, pois muito do que se vê é o genitor guardião sobrecarregado com a criação e atividades cotidianas, enquanto o outro genitor realiza visitas limitadas sob a supervisão e regras do primeiro. Há de ressaltar, ainda, que, por vezes, acaba

acontecendo o afastamento voluntário do não guardião, especialmente quando este forma uma nova família, fazendo com que a prole do primeiro relacionamento se sinta preterida.

Dessa forma, é preciso pontuar que a parentalidade não está associada à conjugalidade, nesse sentido, o legislador incentiva a aplicação da guarda compartilhada, visando conscientizar os pais de sua responsabilidade ativa na criação dos seus filhos, por isto há a previsão legal no art. 1.584, § 1º, do Código Civil, determinando que em audiência de conciliação, deve o juiz apresentar o significado e a importância do compartilhamento da guarda.

Como assevera Lôbo (2018, p. 139) a decisão do juiz deve sempre ouvir a equipe multidisciplinar ou basear-se em relatório de técnico-profissional, para ajustar a convivência compartilhada, a qual não precisa ser rigorosamente dividida meio a meio para que o filho não tenha “uma existência partida”, mas, com certa flexibilidade para adaptação às circunstâncias do caso concreto, possíveis imprevistos e demandas da vida, como viagens com um dos genitores, festas em famílias, cursos fora da cidade e outros.

À vista disto, Dias (2015, p. 880) assinala que:

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, é preciso atentar para o momento de absoluta **fragilidade emocional** em que eles se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada (...). O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba se refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. (grifos da autora)

É preciso consignar que, diferentemente da guarda unilateral, a qual limita as decisões e a predominância de convivência a um dos genitores, o compartilhamento da guarda apresenta mais benefícios ao melhor interesse dos filhos ao priorizar a convivência familiar plena com ambos os genitores. Além disto, garante aos pais uma participação ativa e equilibrada no processo de desenvolvimento dos filhos, que por consequência, assegura aos menores a presença física e afetiva tanto da figura materna quanto da paterna, essenciais para a sua formação, evitando-se as crises de lealdade dos filhos em relação aos pais. Seguem este entendimento Tudela e Fernandes (2010, p. 14):

Essa é verdadeiro cerne da guarda compartilhada, evitar disputas, preferir a criança de sujeitar-se a manipulações psicológicas, fazer valer o superior interesse da criança e os seus demais direitos resguardados em lei. Equivale dizer, aqui a alienação parental não tem chance.

O não compartilhamento da guarda somado à vontade de vingança pela não aceitação em virtude do rompimento do relacionamento, bem como o estreitamento da relação entre o genitor guardião do seu filho, o que provoca o crescimento do sentimento de posse por ter a convivência exclusiva com este, acaba, indubitavelmente, criando um ambiente mais favorável à instalação da alienação parental. Assim, na ampla maioria das vezes, a ocorrência da alienação se dá em sede da guarda unilateral, e, por isto, uma das vantagens do compartilhamento da guarda, de acordo com Galvão (2012, p. 90), “está na possibilidade de se evitar ou prevenir a SAP - Síndrome de Alienação Parental”.

Nesse sentido, Lôbo (2018, p. 138) assevera que:

A guarda unilateral estimula a alienação parental, principalmente em virtude da incorporação pelo filho de falsas memórias e redundância em seu distanciamento em relação ao outro genitor. A guarda compartilhada assegura a preservação da coparentalidade e corresponsabilidade em relação ao filho, que tem direito de conviver e ser formado por ambos os pais, com igualdade de condições.

Deve-se observar que, a prática da alienação parental é de extrema complexidade, tendo em vista que se trata de uma violência realizada contra a criança ou adolescente, cometida por seu próprio genitor, gerando extrema confusão psicológica no filho, o que o impossibilita de discernir a nocividade dos atos sofridos. É importante destacar, ainda, que a alienação é praticada, geralmente, por aquele que detém a guarda do menor, ou seja, o guardião aproveita-se do fato do menor estar sob a sua autoridade, pela maior proximidade e relação de confiança já estabelecida, para intentar o afastamento do parente vitimado do convívio com o filho (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 54/55).

Assim, a alienação parental ou a sua síndrome, demonstram um processo de difícil solução, precisando de mecanismos judiciais multidisciplinares para romper a continuidade deste comportamento, visando proteger o direito de guarda e visitação para que, independentemente da separação dos genitores, se tenha vínculos de filiação saudáveis. Logo, não se pode pensar apenas em meios de repressão quando já houver indícios de alienação, há de se ter, na medida do possível, uma consciência preventiva acerca de tal mal. Portanto, sempre que possível é recomendável a aplicação do instituto da guarda compartilhada, pois por não concentrar o poder familiar em um só genitor, se torna altamente favorável a inibição da ocorrência da alienação parental (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2019, p. 96).

De mais a mais, o uso da mediação se mostra valioso para um bom resultado da guarda compartilhada. Na então chamada mediação familiar exitosa, os pais realizam sucessivas sessões com mediador até que se obtenha nível satisfatório de consenso acerca do exercício

conjunto da guarda. Esta mediação visa compatibilizar os interesses dos genitores e, como o mediador nada decide, a transação se mostra extremamente segura por ser fruto somente da vontade dos genitores (LÔBO, 2018. p. 140).

Além disso, em situações de extremo litígio, deve haver a análise da viabilidade da aplicação da guarda compartilhada no caso concreto, não sendo tão adequada a essas hipóteses, pois a incompatibilidade e intolerância entre os genitores pode comprometer o próprio exercício conjunto da guarda. Assim, o compartilhamento da guarda não seria recomendável, ainda que momentaneamente, enquanto perdurar a situação de excesso de desavença e conflito, algo que também pode ter tratamento multidisciplinar, com o auxílio da supracitada mediação.

Em que pese a guarda compartilhada ser o modelo que mais atende ao melhor interesse da criança, muitas vezes, o melhor para o menor é ter sua integridade priorizada face à convivência familiar plena, não devendo ser exposto a uma convivência diariamente conflituosa dos genitores. Contudo, se o magistrado decidir pela fixação desta espécie de guarda, é imprescindível, em tais casos, como destaca Maciel (2019, p. 236) que seja precedida de esclarecimentos e acompanhamento por equipe técnica sobre os benefícios do instituto, a fim de se assegurar que o filho não sofra danos com mau uso do compartilhamento da guarda e da beligerância dos pais.

Ressalta-se que, já havendo campanha de desprestígio de um genitor contra o outro, ou seja, instaurada a situação de alienação parental, dentre as consequências que podem ser impostas pelo juiz, previstas na Lei da Alienação Parental, existem duas que destaca-se nessa análise: a possibilidade de ampliação do regime de convivência em favor do genitor alienado ou a alteração para a forma compartilhada de guarda, e, não sendo viável a sua fixação, poderá, pode-se inverter a guarda em favor do genitor vitimado (BRASIL, 2010, Art. 6º, Incs. II e V). A lei estabelece, ainda, que sempre que possível, deve ser mantido o contato com o genitor alienador, ainda que com visitas assistidas, desde que isto não ofereça mais riscos de danos psicológicos aos filhos.

Com isto, pode-se extrair da lei a interpretação de que há a primazia pela aplicação ou manutenção da guarda compartilhada, ainda que em sede de alienação parental, uma vez que esta auxilia na reversão do caso de alienação parental ao reforçar o contato com o genitor vitimado, evitando a exclusão dele, uma vez que a concentração do poder familiar em somente um deles fomenta tal fenômeno. Contudo, há de ser analisado caso a caso, pois em

casos graves pode o magistrado determinar a suspensão do poder familiar (BRASIL, 2010, art. 6º, VII).

Não sendo as hipóteses supracitadas, ou seja, em condições normais, estando os pais aptos a exercerem o poder familiar, como é na maioria dos casos, deve ser aplicada a regra da guarda compartilhada, conforme determina a nova lei da guarda compartilhada. De acordo com Ana Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 196), um progenitor hábil para exercer a guarda é aquele que se mostra consciente da importância do outro genitor para a estabilidade psíquica e emocional da prole. Isto não quer dizer, como já dito, que a sua imposição será adequada sempre, visto que cada família tem suas peculiaridades, devendo a decisão ser analisada casuisticamente, tendo sempre como fator norteador o melhor interesse da criança ou adolescente.

Não podendo olvidar-se de que este modelo requer um ambiente minimamente respeitoso propício à comunicação, para que o menor não conviva em ambiente conturbado, tanto que há a previsão legal no art. 1584, § 2º, do CC/02 determinando que, se um dos genitores expressamente rejeitar a guarda do menor, não poderá o compartilhamento ser imposto.

Apesar de ser estabelecida como regra, esta guarda continua sendo menos aplicada que a guarda unilateral, como visto no capítulo anterior. Por isso, é preciso reforçar o quão benéfico pode ser para o desenvolvimento da criança a aplicação deste modelo. Diferentemente da guarda única, o compartilhamento garante ao filho pais igualmente presentes e comprometidos com sua criação, diminuindo os riscos de ocorrência da alienação diante da repartição das atividades. Ou seja, uma vez que o poder familiar é exercido conjuntamente, há um equilíbrio na convivência e nas funções dos pais, não havendo meio propenso a utilização do filho como instrumento de vingança, situação típica da guarda unilateral, na qual um dos pais possui mais “vantagens” que o outro e se aproveita delas para perpetuar os atos alienatórios.

Logo, entende-se que, a guarda compartilhada possui grande habilidade e importância na inibição do fenômeno da Alienação Parental, uma vez que, ao concretizar o princípio do melhor interesse do menor, possibilita maior convivência com ambos os genitores. Sobre isto, Paulo Lôbo (2018, p. 139) expõe que:

São evidentes as vantagens da guarda compartilhada: prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das

relações da criança com seus dois pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravesse no processo de separação.

Notadamente, estas são as duas maiores vantagens deste modelo de guarda, que, não obstante o fim do relacionamento amoroso dos progenitores, garante à criança a concretização de alguns dos seus direitos fundamentais estabelecidos no art. 227, da Constituição Federal e no art. 1º, do ECA, como o da convivência familiar e da proteção integral, ao observar o que, de fato, é melhor para a criança que, na ampla maioria das vezes, é ter contato contínuo com seus pais. Entende-se, dessa forma, que este modelo de corresponsabilidade prestigia o menor com maior convívio com ambos os pais, reservando uma participação proporcional nas decisões importantes referentes à vida dos filhos e, conseqüentemente, provocando um melhor desenvolvimento social, emocional, moral, psicológico e educacional destes.

De acordo com Madaleno (2018, p. 248), para que este modelo tenha resultados positivos, é imprescindível a cooperação e o empenho dos progenitores para transformar suas desavenças pessoais em ações voltadas à garantia da estabilidade emocional e de formação social, educacional e familiar de seus filhos. Com isto, devem apresentar um “plano judicial de parentalidade” com os acordos acerca da repartição dos compromissos e responsabilidades de cada um, elegendo objetivos comuns aos filhos, para que se estabeleça uma rotina que seja conciliável com a vida pessoal deles. Este alinhamento de discursos na divisão equilibrada das decisões superiores dos filhos é uma ótima alternativa empreendida com a intenção de evitar possíveis conflitos no exercício da guarda.

Nesse sentido, a guarda compartilhada, “traduz-se na mais moderna expressão dos novos paradigmas do direito de família”, uma vez que conta com a ética familiar. Os pais precisam estar cientes de suas responsabilidades como educadores e exemplo para seus filhos “respeitando sua integridade física e psíquica, estimulando a convivência familiar do filho e a imagem do outro genitor e demais parentes” (CHAMBERS, 2016, p. 120). Assim, este modelo de guarda:

(...) valoriza o papel de cada um dos membros da família, permitindo seja exercido na plenitude o direito da criança e do adolescente à convivência familiar. É expressão do fenômeno da despatrimonialização do direito civil, da igualdade entre os cônjuges e da visão eudemonista da família. A guarda compartilhada pressupõe proteção, carinho e responsabilidade dos genitores e, consoante o sistema consagrado da guarda, pode ser revogada, a qualquer tempo, quando demonstre não

estar atendendo aos fins a que se destina, de proteção e garantia da convivência familiar sadia entre pais e filhos (CHAMBERS, 2016, p. 120).

Por isso, a tendência mundial caminha no sentido da recomendação da aplicação da guarda compartilhada como forma de melhor atender as necessidades dos filhos e dos pais, diminuindo a divisão de tarefas por gênero e fomentando a manutenção dos laços afetivos. Através da adoção deste tipo, viabiliza-se, assim, a participação ativa de ambos os progenitores na educação e criação do filho, não sendo este privado da presença de um de seus pais.

Evitam-se, assim, as crises de lealdade dos filhos em relação aos pais, sendo o único modelo apto a viabilizar a mitigação da alienação parental, uma vez que a ausência de concentração do poder familiar inibe o surgimento de ambiente favorável à ocorrência da programação do menor. Logo, deve ser incentivada por todos os operadores do direito, pelo juiz, na conciliação e pelos advogados, no manejo das tratativas acerca da guarda, ponderando-se suas vantagens e possíveis desvantagens nos determinados casos.

Corroboram, nesse sentido, os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

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. (STJ - REsp: 1417868 MG 2013/0376914-2, Relator: Ministro João Otávio De Noronha, Data de Julgamento: 10/05/2016, Terceira Turma, Data de Publicação: 10/06/2016). (grifos nossos)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA – GUARDA COMPARTILHADA – PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR – OBSERVÂNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que "a questão envolvendo a guarda de menores não pode ser resolvida somente no campo legal, devendo também ser examinada sob o viés constitucional, consubstanciado na observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da CF, que também deve ser respeitado pelo magistrado, garantindo-lhes a proteção integral, que não podem ser vistos como objeto, mas sim como sujeitos de direito"** (AgInt no REsp 1808964/SP, Terceira Turma, Rel.

Ministro Moura Ribeiro - p.: 11/03/2020), realçando que **“A guarda compartilhada entre pais separados deve ser interpretada como regra, cedendo quando os desentendimentos dos genitores ultrapassarem o mero dissenso, podendo interferir em prejuízo da formação e do saudável desenvolvimento da criança”** (AgInt no REsp 1688690/DF, Quarta Turma, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira – p.: 17/10/2019). 2. **Inexistindo animosidade entre os genitores que possa comprometer o bem-estar e o desenvolvimento psíquico e emocional do menor e à evidência que a guarda compartilhada salvaguarda seu melhor interesse, impõe-se sua fixação.** (TJ-RR - AC: 08119442720178230010 0811944-27.2017.8.23.0010, Relator: Juiz(a) Conv. ., Data de Publicação: 18/05/2020). (grifos nossos)

Ante todo o exposto, com base nos estudos realizados, pode-se concluir que, a fixação da guarda compartilhada se mostra mais vantajosa e positiva do que a guarda unilateral, sendo, assim, a espécie mais interessante de ser aplicada. Isto porque, tem como maior escopo o compartilhamento das responsabilidades e interesses parentais em prol da maximização do bem-estar da prole. E, além disso, é de grande valia para a prevenção e mitigação dos conflitos acerca da alienação parental, diminuindo, significativamente, os riscos de incidência, bem como, minimizando seus efeitos caso já instalada, conforme previsão do art. 6º, V, da Lei 12.318/10.

Dessa forma, defende-se a sua aplicação, sempre que possível, pois, sem dúvidas, revela-se como o maior instrumento capaz de efetivar o meta princípio do melhor interesse do menor, ao proporcionar convívio familiar pleno, o fim da desigualdade entre as funções parentais, maior proximidade do não guardião, fortalecimento e manutenção do núcleo familiar, pressupondo-se, para isso, da colaboração dos genitores que devem nutrir um ambiente de respeito e diálogo para exercício conjunto dos direitos e deveres acerca da vida dos filhos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a melhor compreensão dos contextos familiares, tais como conhecemos hoje, dos quais exsurtem a prática da Alienação Parental, o presente trabalho realizou o estudo da evolução histórica, social e jurídica da entidade familiar, observando a sua constante mutação, com foco na análise de alguns institutos do Direito de Família, como o poder familiar, o instituto da guarda e suas modalidades. A partir disto, chega-se a conclusão de que, atualmente, não há mais um modelo padronizado de família oriundo do *pater familias*, mas sim diversos formatos familiares baseados na afetividade, reconhecidos pela Carta Magna de 1988 em completa fusão ao ideal igualitário e democrático da contemporaneidade.

Assim, as mudanças ocorridas no seio familiar e social, são percebidas com o exame evolutivo da legislação, que nem sempre conseguiu acompanhar o ritmo dessas transformações, mas contribuíram para a atual visão eudemonista da família. Alguns destes dispositivos provocaram grandes revoluções na concretização dos direitos das mulheres e das crianças e adolescentes, como o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a possibilidade do divórcio direto, introduzido no ordenamento por meio da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, intensificaram-se os processos de dissolução do vínculo conjugal e de guarda, os quais provocaram efeitos negativos nos filhos, como a possibilidade de abandono e a prática de alienação parental. Nesse contexto, a Lei 11.698 de 2008 apresentou como modelos de guarda no ordenamento a guarda compartilhada e a guarda unilateral, ao alterar o Código Civil de 2002. E, somente com a Lei 13.058 de 2014, o modelo de compartilhamento passou a ser regra, acompanhando uma tendência internacional.

Apesar desses incentivos legislativos, de acordo com os dados do IBGE, apresentados neste trabalho, observa-se que guarda a compartilhada continua sendo aplicada de forma minoritária e isto decorre da cultura de atribuição da guarda unilateral em grande maioria à mãe. Neste sentido, buscou-se apresentar as vantagens desse tipo de guarda como a possibilidade de participação ativa de ambos os genitores, criando maior divisão nos papéis parentais, promovendo um convívio familiar pleno, causando na criança a sensação de manutenção do núcleo familiar.

Desse modo, o dever de proteção integral da criança e do adolescente, fomentou a criação da Lei da Alienação Parental n. 12.318/2010, a qual elenca possíveis atos alienatórios,

consequências e penalidades que podem ser aplicadas pelo magistrado. E, de acordo com a lei, o ato de alienação parental representa a interferência na formação psicológica do menor promovido por um dos genitores, avós ou por quem tiver a criança sob autoridade, para que se cause prejuízo à manutenção de vínculos com o genitor não guardião. Ou seja, trata-se de uma campanha de desprestígio que um genitor realiza ao implantar falsas memórias no filho, acerca do outro genitor. Assim, utiliza-se da criança para satisfazer sentimento de revanchismo e vingança pelo fim do relacionamento, com o objetivo de obstruir a relação do filho com o genitor não guardião.

Esta prática representa uma violência intrafamiliar que provoca inúmeros danos de ordem moral, psicológica, emocional e até física. Assim, para além de meios de repressão, precisa-se de meios preventivos que sejam aptos a minimizar a sua incidência, uma vez que, instalada a alienação os danos podem ser irreversíveis. Logo, conforme demonstrado no trabalho, pode-se concluir que a guarda unilateral cria um ambiente favorável à ocorrência da alienação, pois ao concentrar o poder familiar em somente um genitor, fomenta neste um sentimento de posse e controle sobre o filho, que se aproveita do tempo livre com ele para perpetuar este nefasto comportamento, incidindo, assim, no abuso do direito de guarda.

Há de se ressaltar, ainda, que em casos de extremo litígio é imprescindível a análise minuciosa da situação, com apoio das equipes multidisciplinares, para que se tenha melhor decisão para o caso concreto, evitando-se de expor o menor a conflitos cotidianos. De igual maneira, deve-se analisar o caso concreto do atual contexto pandêmico, havendo a ponderação do direito de convivência física com o risco à integridade e a saúde da criança.

Dessa forma, a guarda compartilhada, por se basear no oposto do que pretende a guarda exclusiva, isto é, por funcionar com base na corresponsabilidade que decorre da igualdade entre os genitores, cria ambiente favorável ao diálogo através da divisão paritária das atribuições, o que, conseqüentemente, dificulta a instalação da alienação parental. E, como o objetivo deste modelo é promover o convívio equilibrado, acaba evitando que o menor tenha a sensação de rompimento com o vínculo da filiação, quando da extinção do vínculo conjugal.

Restam evidentes, portanto, os benefícios da utilização deste modelo de guarda para melhor desenvolvimento saudável do filho, tanto por promover o melhor interesse do menor, quanto por mitigar a incidência e os efeitos da alienação parental. Não podendo olvidar-se que é necessária a contribuição e conscientização dos genitores na promoção do diálogo e do respeito com a superação de eventuais desavenças, para que se viabilize o adequado exercício da guarda compartilhada e não se deturpe a sua finalidade.

6. REFERÊNCIAS

Aumento do número de processos por alienação parental mostra que famílias estão mais informadas, diz OAB. Globo G1, São Carlos e Araraquara, 2018. Disponível em:<<https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/aumento-do-numero-de-processos-por-alienacao-parental-mostra-que-familias-estao-mais-informadas-diz-oab.ghtml>> Acesso em: 08 maio 2021.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada – Um Avanço Para a Família**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (org). **Guarda compartilhada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. (2007). **A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas?** 2007. Disponível em: <https://docplayer.com.br/11463346-A-crianca-vitima-de-violencia-sexual-intrafamiliar-como-operacionalizar-as-visitas.html>> Acesso em: 23 abr. 2021.

BARBOSA, Marina. **Quase metade dos lares brasileiros são sustentados por mulheres**. 2020. Disponível em:<https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BARROS, Claudio R. **Abandono Afetivo e os Limites do Dever de Indenizar**. 2017. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/57256/abandono-afetivo-e-os-limites-do-dever-de-indenizar>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

BONINI, Juliana de Oliveira Reis. **Novos arranjos familiares: da família da idade medieval à família da atualidade. Conversando sobre família recomposta ou família de recasamento**. Tese (Pós-Graduação) - Instituto a vez do mestre, Universidade Cândido Mendes, Niterói, p. 44, 2009. Disponível em: <https://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/N202644.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia - CFP. **Resolução nº 008/2010**. Brasília, 2010. Disponível em:<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Cartilha Pais Presentes e Certidões**. 2ª edição. 2015. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>> Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Brasília: Congresso Nacional, 1916 (ano da publicação originária). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de Agosto de 1962. **Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 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**. Brasília: Congresso Nacional, 1977 (ano da publicação originária). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008. Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Institui a lei da alienação parental**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 2010.

BRASIL. **Lei n. 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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma) - STJ. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP (2009/0193701-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 10 de maio de 2012. **Lex: Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma) - STF. **Recurso de Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 492.243/SP (2014/0065381-8)**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 12 de junho de 2018. **Lex: Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/590379121/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-arep-492243-sp-2014-0065381-8/relatorio-e-voto-590379148>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma) - STF. **Recurso Especial nº 1.417.868/MG (20130376914-2)**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de junho de 2016. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <[BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima – TJ/RR. \(4. Turma\) Câmara Cível. **Apelação Cível n. 0811944-27.2017.8.23.0010**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 18 de maio de 2020. Disponível em: <<https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/847829845/apelacao-civel-ac-8119442720178230010-0811944-2720178230010>>. Acesso em: 22 maio 2021.](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862253574/recurso-especial-resp-1417868-mg-2013-0376914-2/inteiro-teor-862253583?ref=serp#:~:text=DISSENSO%20ENTRE%20OS%20PAIS.,de%20duplo%20referencial%20(precedente)> Acesso em: 22 maio 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

COELHO, Maria Isabel Saldanha dos Martins; MORAIS, Normanda Araujo de. **Contribuições da Teoria Sistêmica acerca da Alienação Parental**. Revista Contextos Clínic. vol.7, n.2, pp. 168-181. 2014. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cclin/v7n2/v7n2a06.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+p+arental,+o+que+%C3%A9+isso%3F#:~:text=Leva%20o%20filho%20a%20rejeitar,campanha%20para%20desmoralizar%20o%20genitor>>. Acesso em: 14 maio 2021.

DORNELAS, Margareth Caetano. **A alienação parental será do passado, isto é, todos juntos na proteção da criança e do adolescente**. Revista IBDFAM, 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1321/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+ser%C3%A1+do+passado,+isto+%C3%A9,+todos+juntos+na+prote%C3%A7%C3%A3o+da+crian%C3%A7a+e+do+adolescente>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **Alienação Parental, além da lei (o poema)**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://rodolfopamplonafilho.blogspot.com/2018/10/alienacao-parental.html>>. Acesso em: 20 maio 2021.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Cenário da infância e adolescência no Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2019-05/cenario-brasil-2019.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 6 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6.

GALVÃO, Jaqueline dos Santos Gomes. **Guarda Compartilhada: UMA ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL**.

Revista Digital FAPAM, n.3, 86 – 98, 2012. Disponível

em:<<https://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/53>> Acesso em: 23 abr. 2021.

GARDNER, Richard. A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** 2002. Tradução por Rita Rafaeli. Disponível

em:<<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 06 maio 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; "Direito de Família no Tempo: Do Código Civil de 1916 ao de 2002 e Além", p. 351 -368. In: **Direito Civil: Estudos - Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCIVIL**. São Paulo: Blucher, 2018.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. **IBDFAM envia ao Conanda considerações sobre proteção integral à criança e ao adolescente na pandemia; há risco de alienação parental**.

Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7390/> Acesso em: 14 maio 2021.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. **Por problemas respiratórios de mãe e filho, convívio paterno é suspenso enquanto durar a pandemia**. Belo Horizonte, 2020.

Disponível em:<

<https://ibdfam.org.br/noticias/7445/Por+problemas+respirat%C3%B3rios+de+m%C3%A3e+e+filho,+conv%C3%ADvio+paterno+%C3%A9+suspenso+enquanto+durar+a+pandemia>>.

Acesso em: 14 maio 2021.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil (2010)**.

Disponível em:< [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14134-asi-registro-civil-2010-numero-de-divorcios-e-o-maior-desde-1984)

[agencia-de-noticias/releases/14134-asi-registro-civil-2010-numero-de-divorcios-e-o-maior-desde-1984](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14134-asi-registro-civil-2010-numero-de-divorcios-e-o-maior-desde-1984)>. Acesso em: 24 abr. 2021.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil (2012)**.

Rio de Janeiro, v. 39, 2012. Disponível

em:<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2012_v39.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil (2018)**.

Rio de Janeiro, v. 45, 2018. Disponível

em:<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Feminicídio #InvisibilidadeMata**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburg, 2017. Disponível em:<<https://assets-institucional->

ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf>.
Acesso em: 19 maio 2021.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

KEINE, Jessica Idalgo; JÚNIOR, Fernando Frederico de Almeida. **A aplicabilidade da guarda compartilhada no combate à alienação parental**. Revista JurisFIB, Bauru, ISSN 2236-4498, vol. 7, n. 7, 2016. Disponível em:<<https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/254/233>>. Acesso em: 14 maio 2021.

LIRA, Vanesca; SANTANA, Enedina; MOURA, Izaura. **Os reflexos do abandono afetivo e alienação parental**. Revista Jus Navigandi, 2019. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/75749/os-reflexos-do-abandono-afetivo-e-alienacao-parental>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008**. IBDFam: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, 2008. v. 10. Disponível em:<<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

LONGO, Bryan. **Abandono paterno: consequências e como superá-lo**. Psicologia-Online, 2020. Disponível em:<<https://br.psicologia-online.com/abandono-paterno-consequencias-e-como-supera-lo-485.html>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. **A igualdade entre sexos na Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1997. Disponível em:<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/159>> Acesso em: 25 mar. 2021.

MACIEL, Kátia. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção. Aspectos legais e processuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADALENO, Rolf. A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (org). **Guarda compartilhada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Vinicius. Advogada defende Lei da Alienação Parental, mas critica trecho que pode conceder guarda a abusador. **Olhar Jurídico Notícias**. 2020. Disponível em:<<https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=42264¬icia=advogada-defende-lei-da-alienacao-parental-mas-critica-trecho-que-pode-conceder-guarda-a->

abusador&edicao=1#:~:text=LEI%20POL%C3%8AMICA-
 ,Advogada%20defende%20Lei%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental%2C%20
 mas%20critica%20trecho,pode%20conceder%20guarda%20a%20abusador&text=A%20Lei%
 20de%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental,de%20abusar%20sexualmente%20do%20f
 ilho.> Acesso em: 12 maio 2021.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Homens e Mulheres - A Isonomia Conquistada**. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 - 2011. Disponível em:<http://docs.uninove.br/artefac/publicacoes/pdfs/bernadete_drt_20111.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (org). **Guarda compartilhada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

PERRONI, Adriana; LÜDER, Amanda. Processos por alienação parental crescem 47% no estado de SP durante a pandemia. **Globo G1**, São Paulo, 2021. Disponível em:<<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/04/30/processos-por-alienacao-parental-crescem-47percent-no-estado-de-sp-durante-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 14 maio 2021.

PINHO, Leda de. **A mulher no direito romano: noções históricas acerca de seu papel na constituição da entidade familiar**. Revista Jurídica Cesumar, São Paulo, n.1, v.2, 2002. Disponível em:<<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/428>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PINTO, Larissa Silva. **A alienação parental no contexto de pandemia**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 2020. Disponível em:<<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1537/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+no+contexto+de+pandemia>>. Acesso em: 14 maio 2021.

PIRES, Ana Tereza. **As mudanças no perfil da mulher responsável pelo domicílio nos últimos oito anos**. 2020. Disponível em:<<https://idados.id/blog/as-mudancas-no-perfil-da-mulher-responsavel-pelo-domicilio-nos-ultimos-oito-anos/>>. Acesso em: 16 de abr. 2021.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Lucas Santos. **Considerações sobre a guarda compartilhada e a sua utilização como mecanismo para inibir a alienação parental**. Orientadora: Cecília Paranhos Santos Marcelino. 2019. 57 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, 2019. Disponível em:< <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/11402?locale-attribute=es>>. Acesso em: 20 maio 2021.

SILVEIRA, Sandra de Fátima Josete Camargosil. **Os reflexos da guarda compartilhada na formação da criança**. 2014. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/6-Sandra-Fatima-Josete-Camargosil-Silveira.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2010. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/17628>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

TUDELA, Daniele; FERNANDES, Welton. **Guarda Compartilhada como forma de coibir a Alienação Parental**. Revista Direito UNIFACS. n. 126. 2010. Disponível em:<<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1350/1037>>. Acesso em: 20 maio 2021.

VELLY, Ana Maria Frota. **Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos**. IBDFAM, 2011. Disponível em:<https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf> Acesso em: 24 abr. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 5.

WEISHAUPT, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Consequências do abandono afetivo paterno e a (in) efetividade da indenização**. Revista: Perspectiva (Erechim). v. 38, n.142, 2014. Disponível em:<https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_415.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

ZENI, Bruna Schindewein. **A evolução histórico-legal da filiação no Brasil**. Revista: Direito Em Debate, 2009. Disponível em:<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/641>>. Acesso em: 23 mar. 2021.