

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

ISABELLE DE LIRA MONTEIRO MARQUES

DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS CASOS DE
ALIENAÇÃO PARENTAL

SOUSA/PB

2016

ISABELLE DE LIRA MONTEIRO MARQUES

DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS CASOS DE
ALIENAÇÃO PARENTAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Doutorando
Alexandre da Silva Oliveira

SOUSA/PB

2016

ISABELLE DE LIRA MONTEIRO MARQUES

DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS CASOS DE
ALIENAÇÃO PARENTAL

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof Doutorando Alexandre as Silva Oliveira
Professor Orientador

Banca Examinadora

Banca Examinadora

Dedico o presente trabalho ao meu Deus, minha razão de existir. Aos meus pais, como forma de gratidão por todo sacrifício. Ao meu esposo Rogério, pelo apoio e força de cada dia. À memória de minha bisavó a quem devo muito do que sou.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao meu Deus e Senhor, por me proporcionar uma força infalível nos piores momentos ao longo do curso, em que acreditava que não iria conseguir. Minha eterna gratidão por esse amor imensurável que me sustenta e me mantém de pé.

Agradeço a minha eterna e amada “Mãe” que partiu levando um pedaço de mim, sou fruto de todo o seu amor e dedicação. Esse era o seu maior sonho e hoje o realizo com uma saudade sem tamanho.

Ao meu pai Marcos, por ser meu exemplo de homem e profissional. Meu espelho e inspiração. Toda gratidão por cada esforço e sacrifício feitos por mim, farei valer a pena a confiança em mim depositada.

À minha mãe Rejane, por ter me dado a vida. Minha gratidão e carinho por toda ajuda no decorrer desses cinco anos.

Ao meu esposo Rogério, por toda compreensão e apoio ao longo dessa jornada. Pela força de ultrapassar junto comigo cada obstáculo.

Ao meu irmão Rafael, pelos dias que me ajudou na composição da monografia.

À minha irmã Lívia, por ter chegado e me mostrado um amor inigualável.

Aos meus avós Carminha e José Maria, por cada gesto de incentivo e força

Ao meu primo João, que contribuiu de maneira ímpar para minha formação.

A cada familiar que contribuiu de alguma maneira para realização desse sonho.

A minhas amigas da faculdade, Flávia, Micaella, Priscila, Jéssica e Jacqueline por dividirem comigo cinco anos de derrotas e vitórias.

Ao meu orientador Alexandre da Silva Oliveira, pela dedicação e contribuição na construção e sucesso desse trabalho.

Aos colegas da turma Direito Manhã 2015.2 – manhã por dividirem essa caminhada.

Ao querido Dr. Fabrício Abrantes, por todo ensinamento que me foi transmitido durante o estágio.

“Acima de tudo, porém, revistam-se do
amor, que é o elo perfeito.”

(Colossenses 3:1)

RESUMO

O presente trabalho monográfico aborda a eficácia da Guarda Compartilhada nos casos de alienação parental, visando a melhor maneira para que essa modalidade de guarda alcance sua finalidade de promover a melhor convivência possível entre filhos e genitores após a dissolução da entidade familiar. A guarda compartilhada, conforme dita a lei, consiste na responsabilização conjunta e no exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns e a alienação parental é a prática de todo ato que interfere na formação psicológica do menor para que repudie genitor. Com esse intuito é feito um exame sobre os óbices encontrados na aplicação da Guarda Compartilhada, bem como suas vantagens e benefícios em relação ao estabelecimento da guarda unilateral através de uma análise histórica do instituto jurídico da família, desde a sua formação até sua extinção. O objetivo consiste em abordar a guarda no poder familiar e as suas modalidades; estudar a alienação parental e os seus efeitos em relação aos filhos; e a importância da mediação nos litígios de família para a definição da guarda dos filhos. A metodologia aplicada foi de cunho dedutivo, através do estudo geral da formação e dissolução da família, destacando a alienação parental enquanto consequência dessa dissolução. Utilizou-se, também, os métodos histórico-evolutivo, comparativo e monográfico. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica e documental, através da coleta de doutrinas, pesquisas e jurisprudências que tratem acerca da temática. Logo, o estudo conseguiu destacar as dificuldades encontradas na aplicação da guarda compartilhada aos casos de alienação parental e apontar para a maneira como a mediação pode contribuir para a produção de resultados positivos nesses casos.

Palavras-chave: Família. Guarda. Alienação Parental. Guarda Compartilhada. Mediação.

ABSTRACT

This monograph discusses the effectiveness of Joint Guard in cases of parental alienation. Shared custody, where a parent is using forms to alienate the children. However, in cases of parental alienation, looking for the best way for such shared custody to meet its goal of promoting the best possible coexistence between children and parents, following the dissolution of the family entity, is a matter of considerable debate. In this case, an examination of the obstacles encountered in application of joint custody, as well the advantages and benefits to establish unilateral custody was taken, looking into account the historic legal institution of the family, from its formation to extinction. The goal is to consider the importance of differing custody arrangements in the family. In particular, I discuss the effects of parental alienation on the children, and the importance of mediation in family disputes in order to define the appropriate form of custody. The methodology used was deductive in nature through general study of the formation and dissolution of the family, emphasizing the alienation of one parent as a result of this dissolution. Historical, comparative and monographic methods were used to explore doctrines, research and law cases that the subject is this theme. In this monograph, I highlight the difficulties encountered in implementation of custody cases of parental alienation, and describe how mediation can contribute to producing positive results in such cases.

Keywords: Family. Guard. Parental Alienation. Shared custod. Mediation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CRFB – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

N. – Número

P. – Página

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

EC – Emenda Constitucional

SAP – Síndrome de Alienação Parental

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO FRUTO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL.....	13
2.1. Breve abordagem sobre a evolução histórica da família	13
2.2. Extinção da entidade familiar	17
2.3. Direitos e deveres dos pais em relação aos filhos	20
2.4. O instituto jurídico da Alienação Parental.....	24
3. O INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	28
3.1. A guarda no poder familiar	28
3.2. O princípio do melhor interesse do menor como fundamento para a fixação da guarda	31
3.3. O instituto jurídico da guarda compartilhada	36
4. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL.....	42
4.1. Dificuldades práticas na aplicação da Guarda Compartilhada	42
4.2. Aplicação da Guarda Compartilhada em casos de Alienação Parental configurada.....	46
4.3. A importância da Mediação Familiar na fixação da guarda em casos de Alienação Parental	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1. INTRODUÇÃO

Diante da conjuntura atual da instituição família, em decorrência das profundas mudanças sofridas com a evolução e a modernização da estrutura familiar, a dissolução do vínculo conjugal é objeto de constante estudo no que diz respeito a suas implicações jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 foi bastante protetiva ao tratar da família como base da sociedade e merece, portanto, individual atenção. A nossa Carta Magna assegura à criança e ao adolescente, 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.

A dissolução da união conjugal pressupõe efeitos não apenas no âmbito da vida conjugal, mas, sobretudo reflete diretamente na vida dos filhos. Nesse aspecto, os direitos elencados como fundamentais pela nossa Constituição devem ser garantidos aos menores nessa situação como forma de amenizar o sofrimento da parte hipossuficiente dessa relação.

A alienação parental surge como a ruptura do afeto entre filho e genitor ocasionada propositalmente pelo outro, insatisfeito com o rompimento do vínculo conjugal, que acaba muitas vezes por se valer do filho como mero instrumento. Esse comportamento acaba ocasionando danos psicológicos e afetivos na criança surtindo nesta um sentimento de verdadeiro trauma ao genitor prejudicado.

O novo Código de Processo Civil vislumbrando um processo civil de família mais eficiente, diante da dinâmica do direito de família, codifica pela primeira vez a Alienação Parental. A Guarda Compartilhada, por sua vez, surge como importante instrumento criado pelo Estado para efetivar sua proteção constitucional visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, objetivando a sua proteção integral.

Contudo, o instituto da guarda compartilhada tem sua eficácia reduzida em alguns casos de Alienação Parental configurada devido à existência de mútuos conflitos entre os genitores, o que enaltece a importância do princípio do melhor interesse do menor bem como a importância da mediação no direito de família.

O objetivo geral do presente estudo é analisar a aplicabilidade da Guarda Compartilhada nos casos de alienação parental já configurada, destacando os benefícios da aplicação do referido instituto no que diz respeito à prevenção da Alienação Parental, bem como os reais problemas encontrados na sua concretização diante da falta de harmonia entre a entidade familiar, buscando sempre o melhor interesse para o menor.

Para alcançar esta finalidade o estudo inicialmente abordará aspectos importantes sobre a proteção aos filhos no rompimento do vínculo familiar, destacando o seu aspecto constitucional, a definição da Alienação Parental e ênfase aos prejuízos ocasionados por este trauma na formação do menor. Será analisada ainda a Guarda compartilhada como solução para a proteção dos filhos, como maneira preventiva à Alienação Parental, destacando os percalços encontrados na sua aplicação aos casos de alienação já configurada.

Quanto ao método de abordagem utilizado no desenvolvimento da pesquisa, utilizaremos o método dedutivo, partindo de fundamentação genérica para chegar à dedução particular, contudo sem resultados generalizados. Em relação aos métodos de procedimento utilizados para a presente investigação científica serão utilizados os métodos histórico-evolutivo, comparativo e monográfico. No que diz respeito aos instrumentais técnicos da pesquisa, esta se valerá da pesquisa bibliográfica e documental como arcabouço para o seu estudo.

O presente trabalho será estruturado em três capítulos. Inicialmente no primeiro capítulo será abordada a evolução histórica da entidade familiar e suas consequências na dissolução do vínculo conjugal destacando a alienação parental e os transtornos psicológicos advindos desta.

O capítulo seguinte abordará a proteção integral ao menor objetivada pelo instituto da guarda compartilhada e sua comparação com outros modelos de guarda, destacando seus pontos positivos e seus óbices, sempre destacando o melhor interesse para o menor.

O terceiro capítulo analisará a problemática enfrentada na efetivação da guarda compartilhada nos casos de alienação parental configurada diante da impossibilidade de uma convivência harmoniosa entre filhos e genitores buscando soluções para os litígios e maneiras de resguardar o menor seguindo-se das conclusões.

A presente pesquisa, portanto, nasce da necessidade de compreensão dos benefícios e malefícios da aplicação do instituto da guarda compartilhada aos casos de alienação parental, o que é bastante necessário nos dias atuais em face da dissolução da entidade familiar e dos inúmeros casos em que a problemática está configurada, sobretudo destacando a importância da mediação na resolução dos litígios de família.

2. A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO FRUTO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

Nesse primeiro momento da pesquisa é necessário abordar a evolução histórica do conceito de família, partindo da sua formação até a sua extinção. Para tanto, serão abordados os deveres dos pais em relação aos filhos e o instituto da Alienação Parental, como fruto da extinção da família.

2.1. Breve abordagem sobre a evolução histórica da família

A família é considerada o primeiro núcleo de convívio do indivíduo, a partir do momento em que este nasce esta constitui a primeira célula da organização social. É na família que irão desenvolver-se os primeiros contatos do ser humano e as suas primeiras relações. O instituto família ao longo do tempo passou por diversas transformações acompanhando as evoluções constantes pelas quais a sociedade passa.

O Código Civil de 1916 tutelava a família dando ênfase à estrutura patriarcal característica do século passado. Esse código apresentava uma visão totalmente discriminatória no que diz respeito às entidades não formadas pelo vínculo matrimonial bem como dos filhos havidos destas relações fora do casamento. Nesse contexto prevalecia a vontade do homem como fundamental.

A vontade da família era representada pela vontade do pai, marido e provedor do sustento familiar como reflexo de uma organização patriarcal e era proibida a dissolução do vínculo conjugal. Neste sentido, elucida Carvalho (2009, p. 07):

O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a família oriunda do casamento, com forte tradição e influência religiosa, tanto que o vínculo era indissolúvel, mantendo-se o casamento a qualquer custo, ainda que custasse a infelicidade dos membros da família devido à forte discriminação sofrida pelos desquitados, especialmente a mulher. Somente pelo casamento se constituía a família legítima, sendo vedado o reconhecimento de filhos fora do casamento. As

uniões estáveis, denominadas concubinato, não eram reconhecidas legalmente [...].

Nesta época, prezava-se muito mais o cunho econômico do que a felicidade dos componentes da entidade familiar. O legislador tratava da família considerando um único modelo taxado como o correto para a construção da estrutura familiar e dessa forma o Código de 1916 refletia a discriminação da mulher e a relevância do poderio econômico onde imperava a desigualdade entre os filhos frutos do matrimônio e os filhos havidos fora do casamento.

Contudo, diante das constantes transformações ocorridas na sociedade a entidade familiar também evoluiu acompanhando a realidade social de cada época. Nesse sentido, a Lei 4.121/1962 – o Estatuto da Mulher Casada representa uma grande evolução. Com o estatuto deixa-se de considerar a mulher como civilmente incapaz e lhe é assegurada a propriedade dos bens frutos do seu trabalho.

Em 1997 o casamento passou por uma significativa mudança. A emenda constitucional n. 9 surge trazendo a dissolução do casamento nos casos expressos em lei, havendo prévia separação judicial por três anos ou anterior separação de fato com duração de cinco anos, o que representa um grande passo para o direito de família.

No mesmo sentido, a Lei 6.515/1997 passa a instituir o divórcio considerando a sua natureza conversiva regulando a dissolução da sociedade conjugal e seus efeitos, acaba com a indissolubilidade do vínculo conjugal, o que significa a quebra da ideia de indissolubilidade do matrimônio dando mais liberdade as partes contraentes do vínculo conjugal.

A Constituição Federal de 1988 surge como reflexo das constantes mudanças sociais ocorridas ao longo do tempo. A Carta Magna dá a família um novo contorno lhe assegurando direitos e garantias fundamentais acolhendo as transformações até então ocorridas e sobretudo instaurando a igualdade entre homem e mulher como uma maneira de equilibrar a relação entre os cônjuges.

A família ganha uma nova perspectiva a partir de 1988 e passa a ser reconhecida como base da sociedade e recebe especial proteção do Estado. Assim, a família passa a ter uma nova configuração, deixa de ter uma conceituação taxativa e passa a ser baseada não só na consanguinidade, mas também no afeto.

Segundo Veloso (2003 apud DIAS, 2015), assevera que a Constituição de 1988 esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros e estende essa proteção a família constituída pelo casamento, pela união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nesta senda, o conceito de família após a promulgação da Constituição de 1988 se expande de maneira que passa a ser cada vez mais abrangente. De forma que, prevalece na doutrina que o rol trazido pela CF/88 é um rol meramente exemplificativo e não taxativo. Alguns doutrinadores conceituam a família em constitucional e não constitucional, sendo as primeiras mencionadas no artigo 226 da Carta Magna e não constitucional as demais.

O princípio da dignidade da pessoa humana erige no direito de família à luz da Constituição Federal como norteador das relações familiares e fundamento do Estado Democrático de Direito de forma que a nova ideia de família não pode se afastar desse princípio e dos direitos e deveres que surgem como reflexo de sua aplicação.

Assim, o direito de família em sua nova e atual conjuntura encontra na dignidade da pessoa humana uma fonte de onde emana sua razão de ser. A família retira do referido princípio a proteção para as diversas configurações de famílias contemporâneas. Assevera Dias (2015, p. 45):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas.

Destarte, a nova perspectiva de família tem na afetividade uma característica demasiadamente importante, pois que, passam a constituir família todos os indivíduos ligados pelo vínculo comum sejam da consanguinidade ou da afeição e afinidade vislumbrando o desenvolvimento da pessoa humana.

A Carta Magna trouxe além do princípio supracitado a definição da família como base da sociedade e exemplifica as entidades familiares mais comuns, que conforme o artigo 226 da CRFB/88 são aquelas formadas pelo casamento, a união

estável e a formada por um dos genitores e seus ascendentes, contudo vale salientar que as demais configurações de família estão implícitas no texto constitucional e tem a mesma proteção assegurada pelo Estado.

Numa tentativa de conceituar família podemos afirmar que sua conceituação compreende diversas perspectivas e o próprio Código Civil de 2002, numa acepção lata, abrange como família cônjuges, companheiros, filhos e parentes na linha reta e colateral até o quarto grau e pelo vínculo da afinidade na linha reta e colateral até o segundo grau.

Não obstante, a afetividade representa no direito de família mais um fundamento essencial para a nova dimensão do instituto família. O afeto, nesse sentido, representa não apenas um laço, mas um vínculo constitutivo da vontade de formar uma família.

Atualmente é impossível fazer uma análise de algum tema jurídico sem passar pelo processo da constitucionalização do direito. O direito de família hodierno trouxe através da Constituição de 1988 o princípio da afetividade como novo paradigma para construção da relação familiar e é essencial para que a família cumpra sua função social, pois que é dever do Estado garantir o direito ao afeto. Nesse sentido, Dias (2015, p. 52), aduz:

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais e a realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas.

Bem leciona Dias (2015), ao concluir que o Estado tem participação direta no alcance da concretização do ideal de felicidade pelo indivíduo, tanto no que diz respeito a sua não interferência no projeto de vida de cada pessoa como também buscando contribuir através de políticas públicas e medidas que assegurem a garantia dos direitos fundamentais tais como, a dignidade da pessoa humana respeitando o princípio da afetividade.

É a partir do princípio da afetividade que a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos surge e dá uma nova direção ao direito de família, já que, extinta a ideia de diferenciação de filhos a dignidade da pessoa humana passa a ter

papel de maior relevo nas relações no âmbito familiar e põe fim a toda e qualquer forma de discriminação de filhos sejam estes, havidos da relação matrimonial ou não.

2.2. Extinção da entidade familiar

Ao analisar a instituição família é possível observar em um primeiro momento histórico uma ampla resistência à dissolução do vínculo conjugal, dada à influência da Igreja à época, a formação do vínculo matrimonial era sagrada e solidificada pelos preceitos do Direito Natural que impediam a extinção de uma entidade formada pela vontade divina. Para Lôbo (2011, p. 149):

Desde a colonização portuguesa até 1977 prevaleceu a indissolubilidade do casamento, projetando-se no direito civil a concepção canônica da Igreja Católica de ser o matrimônio instituição de natureza divina, que jamais poderia ser dissolvido por ato dos cônjuges. Nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, que sofreu forte resistência das organizações religiosas católicas.

Sob essa ótica prevalecia a ideia do sagrado na contração do matrimônio que era preservada pelas Constituições vigentes. Em 1916 passa a ser admitido o desquite, que significava a separação de corpos, que dissolvia a sociedade conjugal, porém o vínculo matrimonial prevalecia impedindo os cônjuges de contraírem novas núpcias.

O princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, protegido pela Constituição Federal de 1967, embasava o Código Civil vigente que aduzia que somente a morte era capaz de colocar fim ao casamento deixando os cônjuges livres para a vida conjugal.

A indissolubilidade do casamento começa a mudar de ótica com a Lei nº 6.515/1977, que representou um grande passo em direção à liberdade de cada indivíduo no matrimônio, representa o momento em que o casamento perde seu caráter de absoluto e a morte de um dos cônjuges deixa de ser o único motivo capaz de dissolvê-lo.

A emenda constitucional n. 9 em 1977 surge colocando fim a essa indissolubilidade conjugal protegida no ordenamento jurídico àquela época. A emenda modificou o ordenamento jurídico introduzindo o divórcio como forma de dissolver a entidade conjugal.

Entretanto, ainda sob a ótica protetiva do Estado o divórcio só era concedido após três anos de separação judicial, como pré-requisito a este, não havia, de tal modo o divórcio direto, e isso obstava os cônjuges em seu intuito de não permanecerem naquela relação.

A partir de então, o casamento válido foi passando por significativas mudanças com o passar do tempo até alcançar a realidade dos dias atuais, em que o referido instituto pode ser dissolvido tanto involuntariamente, pela morte de um ou de ambos os cônjuges, como voluntariamente, pelo divórcio, como aduz a legislação vigente.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal atual o direito de família passa por um grande avanço a partir do momento em que traz possibilidade a do divórcio, porém ainda condicionado à separação judicial, entretanto, essa separação deixa de ser um requisito prévio ao divórcio e passa a ser facultativa.

A separação judicial, como causa objetiva para o divórcio, se revelava em dois fins. Primeiramente, a separação podia ser convertida em divórcio após um ano da separação judicial. Em segundo lugar, os cônjuges separados poderiam se reconciliar antes de converter a separação em divórcio. Já o divórcio direto era condicionado ao requisito temporal de dois anos da separação de fato.

Nesse diapasão a separação judicial deixa de ser um pré-requisito ao divórcio, e constitui apenas causa objetiva para sua concessão, passando a ser apenas facultativa e dessa forma o vínculo conjugal adquirido pelo casamento se torna mais flexível, o que foi fundamental para a evolução do tratamento dado ao divórcio.

Segundo entendimento inicial da Magna Carta em seu artigo 226 o divórcio colocava fim ao casamento após prévia separação judicial por mais de um ano na forma da lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. De sorte que, é possível notar que com essa alteração a instituição família começa a mudar de aspecto e continua tendo um arcabouço protetivo do Estado além do casamento.

Contudo, é notório que a constitucionalização do divórcio vai de encontro a ideia de qualquer condição seja ela objetiva ou subjetiva, pois que, a referência a separação judicial, apesar de não ser pré-requisito, como em 1977, ainda constituía um óbice à indissolubilidade conjugal, revelando uma confusão legislativa.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 surge para pôr fim a essa duplicidade até então configurada. A emenda altera a Constituição passando a dispor em seu art. 226, § 6º que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Assim leciona Lôbo (2011, p. 154):

Também são extintas as causas objetivas, ou seja, aquelas que independem da vontade ou da culpa dos cônjuges. Para a separação judicial havia duas causas objetivas: a) a ruptura da vida em comum há mais de um ano; b) a doença mental de um dos cônjuges, deflagrada após o casamento. Para o divórcio direto, havia apenas uma: a separação de fato por mais de dois anos. Todas desapareceram. Não há mais qualquer causa, justificativa ou prazo para o divórcio.

Com a emenda constitucional n. 66, promulgada em 13 de julho de 2010, foi excluída a separação judicial do nosso ordenamento, bem como a conversão desta em divórcio e os prazos que até então eram estabelecidos para que o vínculo conjugal pudesse ser desfeito.

O projeto que ficou conhecido como PEC do divórcio pretendia facilitar o divórcio e unifica-lo em um só processo visando sua desburocratização. Seu anseio era facilitar a vida daqueles casais que apesar de separados judicialmente não podiam constituir uma união estável pelo fato de ainda não serem divorciados por conta de algum requisito.

A EC 66, entretanto, foi alvo de inúmeras e fortes críticas principalmente vindas de religiosos que tentavam obstar o processo do divórcio como forma de proteger o sacramento do matrimônio e viam na separação judicial uma nova oportunidade para que os cônjuges separados repensassem sua decisão e pudessem se reconciliar, o que na prática não acontecia na maioria dos casos.

Assim, surgiram com a EC 66 muitas discussões quanto aos seus efeitos na separação e no divórcio. Para alguns doutrinadores a separação judicial havia claramente sido extinta, para a outra corrente o instituto ainda subsistia por não ser incompatível com a emenda. Contudo, o entendimento majoritário e que vigora na doutrina é a extinção da separação judicial conforme Dias (2015, p. 207):

Agora a única ação dissolutória do casamento é o divórcio, que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes à causa, culpa ou prazos, deixam de integrar o objeto da demanda. Em consequência, não subsiste a necessidade do decurso de um ano do casamento para a obtenção do divórcio (CC 1. 574). O avanço foi significativo, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazo para o casamento acabar.

Reconhecida a união estável pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar, esta também pode ser dissolvida pelo divórcio como o casamento sem depender de nenhum prazo, requisito ou estar subordinado a alguma causa objetiva, de fato, os casais passam a ter total liberdade para romper o vínculo conjugal independente de sua configuração.

Ao perder seu caráter de indissolubilidade o casamento passa a se reconfigurar diante da sociedade, pois que, declina também a ideia de sacralidade ligada a este e a partir desse momento o ordenamento jurídico passa por uma evolução bastante significativa ao observar a entidade familiar em outras diversas formas, priorizando sempre o amor e o afeto como motivos principais de constituição.

Contudo, conforme lecionam Tartuce e Simão (2011), a facilidade para se desfazer o vínculo conjugal não significa que as relações da entidade familiar entre os pais e filhos se altera. Com a dissolução da entidade conjugal o convívio com os dois genitores é evidente que passa por algumas modificações, mas, de forma alguma o genitor pode alegar a dissolução do vínculo com seu cônjuge para afastar-se do convívio com a sua prole.

2.3. Direitos e deveres dos pais em relação aos filhos

A relação familiar diante da sua significância e singularidade em relação à formação do indivíduo como pessoa, como cidadão e sujeito único tem sua proteção elencada no texto da Constituição Federal vigente. Essa relação produz efeitos de ordem pessoal, espiritual, patrimonial e, sobretudo social que influenciam diretamente durante toda a vida do ser humano.

Os direitos intrínsecos ao poder familiar na maioria das vezes são suprimidos diante de tantas outras questões que surgem quando o vínculo conjugal é rompido e por isso merece uma especial atenção no que diz respeito a sua proteção integral e na manutenção do poder familiar.

O poder familiar, inicialmente chamado de pátrio poder, nos séculos passados consistia no direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da família de dirigir todos os aspectos da entidade familiar, e destacava claramente a conotação patriarcal a qual a família da época era submetida, o Código Civil de 1916 assegurava o poder familiar exclusivamente ao marido.

Ao longo dos anos, o poder familiar passou por diversas mudanças e evoluções acompanhando a evolução da família na sociedade e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da isonomia como base do nosso ordenamento jurídico atual, o poder familiar passou a ser de ambos os pais e representa a proteção que os filhos merecem ter destes.

Para Lôbo (2011), o poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes e configura uma autoridade temporária exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Para parte da doutrina a expressão ainda é falha e alguns, como Dias (2015), apontam que já surge movimento indicando o termo responsabilidade parental ou ainda autoridade parental.

O poder familiar, assim, confere um encargo atribuído por lei aos pais, é um poder-dever que surge não da relação matrimonial, mas sim, da concepção dos filhos em comum, e que não é desfeito de maneira alguma pela dissolução do vínculo entre os cônjuges. Nesse sentido elucida o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21:

Art. 21. O Pátrio Poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a Legislação Civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, fazia alusão ao termo pátrio poder, mas o assegurava aos dois genitores. Contudo, a Lei 12.010 de 2009 altera a expressão para poder familiar no Estatuto e no Código Civil, dando ênfase à responsabilidade atribuída por esse poder a ambos os cônjuges e representando a igualdade alcançada por marido e mulher na família.

Do poder familiar decorre o direito à guarda dos filhos, que deriva da necessidade intrínseca que o ser humano enquanto criança tem de ser cuidado, protegido e amparado por aqueles que tem esse dever jurídico o que constitui um múnus público que deve ser exercido pelos pais.

Nessa conjuntura, o poder familiar é exclusivo dos genitores e não poder ser renunciado, nas palavras de Dias (2015, p. 462):

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.

Portanto, o instituto do poder familiar acarreta uma série de deveres dos pais em relação aos filhos que são consagrados constitucionalmente e protegidos por todo o ordenamento pátrio, objetivando resguardar os interesses das crianças e dos adolescentes na constância da entidade familiar.

A Constituição Federal de 1988, buscando proteger e resguardar os interesses do menor elenca uma série de direitos mínimos que devem ser assegurados pela família aos filhos. A Carta Magna em seu art. 227 assim leciona:

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.

Os direitos elencados no artigo supracitado da Carta Magna constituem e embasam o poder familiar que deve ser exercido em conjunto pela família e pelo Estado idealizando a maior proteção e o melhor interesse da criança e do adolescente lhe assegurando o seu melhor desenvolvimento.

O art. 229 da CF/88 elenca ainda que os pais têm o dever de assistir os filhos, criá-los e educá-los da mesma forma que os filhos maiores também têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice e na enfermidade. Essa obrigação mútua existente entre filhos e pais surge como reflexo do parentesco entre pais e filhos, que começa com o nascimento destes e vai até o fim da vida do indivíduo.

A criação dos filhos elencada na Carta Magna consiste na sua orientação como ser humano, formando o filho para as mais diversas áreas da vida, oferecendo-o apoio psicológico, condições físicas, mentais e emocionais de desenvolver-se como indivíduo de maneira plena e sadia, o que o influencia diretamente em todas as suas relações futuras.

Como fruto do poder familiar, o dever de obediência dos filhos aos pais consiste na autoridade concedida aos pais para exigir dos filhos o respeito e a disciplina no âmbito familiar, para que estes, os pais, possam cumprir efetivamente o seu papel de criador e de educador no momento em que se fizer necessário.

Esse dever de educação dos pais em relação aos filhos engloba não só o aspecto de acompanhar o crescimento do filho e manter a sua integridade física, mas conforme prevê o Código Civil esse dever de proteção engloba uma série de ações, conforme ensinamento do artigo 1634:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Desse modo, é nítido que o ordenamento jurídico brasileiro buscou instrumentos para resguardar o poder familiar não só constitucionalmente, mas também fora do texto da Carta Maior com o intuito de manter a criança e o adolescente protegido em todas as esferas de suas vidas enquanto menores, reservando aos pais o poder e a responsabilidade sobre estes.

2.4. O instituto jurídico da Alienação Parental

Após um breve relato histórico sobre a instituição família, sua origem e evolução ao longo dos séculos, bem como do esboço sobre as obrigações e deveres da família em relação aos filhos menores derivados do poder familiar e a flexibilidade atual do vínculo formado entre os cônjuges na constituição da família, passa-se ao estudo do instituto da alienação parental, da Síndrome da Alienação Parental e de seus efeitos.

O instituto jurídico da alienação parental está intimamente relacionado com a extinção da entidade familiar, a partir do momento em que o vínculo entre os cônjuges é desfeito e a entidade familiar se dissolve passando por uma reconfiguração o que ocasiona a formação de uma nova estrutura, na maioria das vezes de uma maneira conturbada.

A alienação parental, apesar de existir a muito tempo na realidade da dissolução conjugal só ganhou maior destaque a partir da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres vigente no ordenamento jurídico atual, visto que, anteriormente o direito de família resguardava ao pai o papel do sustento familiar e à figura da mãe cabia cuidar dos filhos.

Dias (2015), leciona que antigamente não era comum a discussão dos pais pela guarda dos filhos, tendo em vista essa separação de tarefas, de sorte que de modo natural ao pai cabia apenas o direito de visitar os filhos de forma determinada e predefinida, e à mãe cabia o dever de sua criação e cuidado sendo ela a responsável pela sua guarda.

Com o passar do tempo e as diversas modificações pelas quais passou o direito de família atual, bem como a promulgação da Constituição Federal de 1988 os papéis de pai e mãe passam a figurar igualmente na relação familiar e essa separação de deveres entre pai e mãe em relação aos filhos foi deixada de lado, sendo hoje o poder familiar dos dois genitores.

Conforme o vínculo conjugal é desfeito entre os pais surge o enfraquecimento do convívio dos filhos com ambos os genitores e isso muitas vezes acarreta o distanciamento entre estes, muitas vezes fruto do incentivo do próprio cônjuge que por não aceitar o fim do relacionamento acaba usando o filho como maneira de se vingar do outro.

O alienador, na maioria das vezes é aquela pessoa que não consegue por fim ao relacionamento conjugal de maneira sadia e começa a ofender e desmoralizar o outro de maneira que o menor vai se afastando daquele outro cônjuge por acreditar e sentir que ele é o culpado do fim do relacionamento entre os pais.

É importante destacar, nesse momento, a diferença entre o instituto jurídico da alienação parental e a Síndrome de Alienação Parental – SAP, pois que estas, apesar de intimamente ligadas não se confundem. Assim conceituou a alienação parental a Lei 12.318/10:

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.

Ainda nesse sentido, considerando a lei supracitada é possível afirmar que a alienação parental se configura quando os genitores descumprem seus deveres de guardiões da sua prole, causando repúdio no menor em relação ao seu genitor, o que prejudica diretamente o direito à convivência do outro cônjuge com seu filho.

A Síndrome de Alienação Parental por sua vez, também chamada de implantação de falsas memórias, acaba criando no menor um sentimento de ódio e rancor ocasionado pelo jogo de manipulações em que a criança não passa de um simples objeto. Para Gardner (2002, p. 01):

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. 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.

Dessa maneira, mesmo se referindo ao mesmo processo doloroso pelo qual passa a criança na ruptura do vínculo conjugal quando um genitor passa a lhe

implantar falsas afirmações sobre o outro na tentativa de afastá-lo deste, a Síndrome de Alienação Parental é fruto do afastamento ocasionado pela própria alienação, como lecionam Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 45):

a síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta – quando ainda não dá lugar à instalação da síndrome – é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido.

Dessa forma, diante de uma situação de alienação parental vários são os efeitos negativos que podem ser notados na vida do menor que é vítima. Quando a alienação parental evolui para o estágio de síndrome na maioria das vezes as consequências e os danos são irreparáveis.

O menor que se enquadra nesses casos passa a repudiar veementemente o seu outro genitor, pois que esse passa a considerá-lo como um intruso naquela relação estabelecida, provocando muitas vezes medo e terror e conseqüentemente a destruição daquele vínculo afetivo.

Diante dessa conjuntura, quando o fato é levado ao Poder Judiciário pelo alienador, com o objetivo de afastar o alienado do convívio do filho comum, na maioria das vezes pela gravidade da situação instaurada o juiz determina o afastamento do cônjuge para uma melhor apreciação do caso.

Nesta senda, o filho vítima da situação é quem sofre as consequências irreparáveis de ter o vínculo da convivência cessado com seu genitor diante de falsas acusações e na maioria dos casos este afastamento desponta em uma série de efeitos como depressão, tristeza profunda, isolamento entre tantas outras que prejudicam para sempre o seu desenvolvimento.

Assim, a Lei 12.318/ 2010 surge como um instrumento que instaura a alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro longe de pôr fim à

problemática há muito existente, mas que atua no sentido de coibir essa prática tão danosa aos filhos através da penalização do alienador podendo resultar até na perda do poder familiar por este.

3. O INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O instituto jurídico da guarda é parte imprescindível do poder familiar e como tal, é indissociável do estudo da família no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, é preciso partir da sua evolução histórica para a compreensão do tratamento atual dado ao tema.

Neste momento da pesquisa será analisada a guarda como componente do poder familiar, as suas modalidades, sempre destacando a importância do princípio do melhor interesse para o menor e a instituição da Guarda Compartilhada como regra.

3.1. A guarda no poder familiar

A família moderna passa por várias situações em que a sua dissolução ocasiona a formação de novas entidades, muitas vezes, prejudicando diretamente a figura dos filhos, hipossuficientes nessa relação, e, por isso, o ordenamento jurídico pátrio busca assegurar a máxima proteção possível à figura do menor.

É sabido que o fim do relacionamento conjugal que gerou filhos põe fim ao laço de convívio entre genitores, mas não ao laço sanguíneo existente entre esses e os filhos comuns, o que acarreta a necessidade de uma reconfiguração no processo de criação desses filhos e comumente esse processo é bastante dificultoso.

Antigamente, quando na extinção do vínculo conjugal a culpa era elemento indissociável para o reconhecimento do divórcio, esta constituía também um componente considerado no momento da fixação da guarda dos filhos menores, pensamento corroborado pelo Código Civil de 1916.

Nesse sentido, pode-se notar que a norma civil vigente à época era extremamente repressora e preconceituosa já que a culpa definia a quem caberia a guarda dos filhos tratando esses, nas palavras de Dias (2015), como um verdadeiro prêmio dado ao cônjuge inocente.

Fica nítido que a regra legal considerando a culpa como elemento influenciador para a guarda dos filhos não priorizava o interesse da criança, muito menos o seu melhor desenvolvimento, atentando apenas para a responsabilização de um dos cônjuges pelo fim da entidade conjugal.

O mesmo pensamento conservador ainda prevaleceu com o advento da Lei do Divórcio que também considerava a culpa para a definição da guarda, o que foi afastado do nosso ordenamento com a igualdade entre homem e mulher assegurada pela Carta Magna.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 a criança e o adolescente passam a receber do Estado uma especial proteção no que diz respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento o que, a partir de então, surte efeitos em todo o ordenamento jurídico.

Ainda nesse aspecto, o advento do Código Civil de 2002 foi bem claro em seu artigo 1.584, ao lecionar em sua redação original que “decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

De tal maneira fica afastada a aplicação da Lei do Divórcio no que diz respeito à vinculação da culpa à guarda dos filhos menores, tendo a regra do Código Civil dado ênfase ao melhor interesse para o menor, princípio assegurado pela Constituição Federal.

A regulamentação da guarda está assegurada no texto da Constituição Federal, ao asseverar que a criança e ao adolescente tem o direito de ter um guardião para sua proteção e cuidado, na mesma esteira o Código Civil atual dá aos pais o direito de ter os filhos em sua guarda e companhia.

Para deixar clara a importância do instituto jurídico da guarda é necessário partir de sua conceituação, passando pela proteção direcionada pelo Estado ao menor, bem como pela sua condição inerente de pessoa frágil e vulnerável que necessita de um olhar protetivo especial.

O poder familiar, conforme analisado em momento anterior, é o poder assegurado aos genitores em conjunto de criar e assistir os seus filhos, sendo marcado pela sua irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, o que denota claramente sua importância no desenvolvimento do menor.

Aos pais, é assegurado o poder familiar como maneira de garantir aos filhos um bom desenvolvimento e formação como pessoa. De maneira, que os seus

reflexos surtirão efeitos em toda a vida do menor, efeitos esses que podem ser negativos ou positivos.

A guarda é elemento intrínseco ao poder familiar, a CF/88 assegura à criança e ao adolescente o direito de ter um guardião capaz de lhes assegurar a efetivação dos seus direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

Para alguns doutrinadores, o uso da expressão guarda carrega consigo um caráter um tanto negativo em relação a materializar o filho como objeto e não o destacar como indivíduo sujeito de direitos, nesse sentido, Tepedino (2004 apud DIAS, 2015, p. 522), aduz que:

A carga semântica da palavra guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação da personalidade do filho.

Desse modo, o uso da expressão guarda deve preterir a expressão direito de convivência, já que não irá transmitir a posse do filho como um bem, visto que o poder familiar continua sendo dos dois genitores ainda que separados.

Diante dessa perspectiva da dissolução da entidade familiar frente ao poder familiar que não pode afetar os direitos e garantias da prole, assevera acertadamente Dias (2015, p. 521):

Falar em guarda de filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. Porém, o rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores.

De tal modo, a guarda como componente do poder familiar derivada da autoridade parental conferida pela CF/88 aos pais, como assevera Lôbo (2011), consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção e custódia do filho. Corroborando, Lôbo (2011, p. 190), leciona:

Mais do que a guarda, concebida tradicionalmente como direito preferencial de um pai contra o outro, a proteção dos filhos constitui direito primordial destes e direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os polos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência ou no direito

de contato. Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação.

Corroborando a proteção constitucional dada à figura do menor o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, institui a guarda e estabelece uma série de direitos inerentes à guarda dos filhos:

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

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

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

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

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

Resta clara a importância do instituto jurídico da guarda no ordenamento brasileiro, bem como a proteção da criança e do adolescente visando sempre o melhor interesse para os filhos, assegurada na doutrina, no texto da Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

3.2. O princípio do melhor interesse do menor como fundamento para a fixação da guarda

Da mesma maneira que a sociedade evolui e vai passando por diversas transformações em sua conjuntura, o instituto jurídico da guarda vai acompanhando essas mudanças para adequar-se à realidade social vivida.

Já definida a guarda como o poder-dever atribuído aos pais, como parcela do poder familiar, que acarreta para estes uma série de direitos e deveres sobre os filhos, e diante das considerações do CC/02 bem como da CFRB/88 sobre o referido instituto, é necessário entender como é feita a fixação da guarda entre os genitores.

O princípio do melhor interesse do menor, assegurado constitucionalmente pelo artigo 227, é também assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 3º, que assim dispõe:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A proteção integral elencada pelo ECA se desdobra em uma série de instrumentos que buscam dar ao menor um tratamento diferenciado levando em consideração a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como, à sua vulnerabilidade.

De tal sorte que, a doutrina da proteção integral denota a importância dada pelo Estado brasileiro à criança e ao adolescente, restando claro que esse princípio deverá ser sempre aplicado no momento da fixação da guarda pelo juiz diante de um caso concreto. Assim, aduz Lôbo (2011, p. 75):

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

Desta forma, entende-se que a legislação pátria direciona o princípio do melhor interesse do menor em qualquer situação em que este esteja inserido. Inicialmente, reserva à família, em conjunto, o dever de zelar e proteger os seus interesses.

Diante da dissolução da família, com a separação dos cônjuges e conseqüentemente, do ambiente familiar antes constituído, o Estado continua a zelar

pelo melhor interesse da criança e do adolescente independentemente da nova configuração familiar que se forme a partir de então.

O caso concreto deve ser minuciosamente avaliado pelo juiz, que levará em consideração todos os aspectos presentes na estrutura familiar, bem como as dificuldades e os problemas inerentes a cada ente componente da família que se dissolve.

Nesta oportunidade, é preciso que o julgador avalie caso a caso o que realmente trará ao menor em desenvolvimento uma melhor qualidade de vida atendendo a necessidade especial de cada um, como por exemplo, no que diz respeito à sua idade, que em alguns casos pode acarretar uma maior dependência da mãe.

O princípio do melhor interesse da criança deve ser o ponto de partida e não pode ser afastado na resolução de conflitos entre genitores que envolvam a disputa pela guarda do menor, conforme Lôbo (2011, p. 76):

O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto.

O nosso diploma civil vigente, também cuidou de dar destaque ao princípio do melhor interesse da criança, destacando seu reconhecimento internacional. Nas palavras de Tartuce e Simão (2011, p. 48):

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional da Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita. Esses dois dispositivos são os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, que foram substancialmente alterados pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008.

Dessa maneira, fica clara a importância e a ênfase dada pelo sistema jurídico pátrio ao tratar da criança e do adolescente como seres que necessitam de uma proteção integral em todos os seus significados e em toda e qualquer relação jurídica que os envolva, como uma verdadeira diretriz.

Inicialmente o Código Civil, em seu capítulo destinado à proteção dos filhos, em sua redação original lecionava que na dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, se observaria o que os genitores decidissem sobre a guarda dos filhos.

Ainda sobre a guarda, o artigo 1.584 do Código Civil de 2002, originalmente, aduzia que se não houvesse esse acordo sobre a guarda dos filhos entre as partes na dissolução do vínculo conjugal, esta seria atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la.

Com o advento da Lei 11.698 de 2008, o supracitado dispositivo 1.583 do CC/02 passou por uma alteração e instituiu que a guarda será unilateral ou compartilhada, passando a dispor o que seria cada uma dessas modalidades de guarda, da seguinte maneira:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Conforme estabelecido pelo diploma civil, a guarda unilateral é aquela atribuída à somente um dos genitores, ou a quem os substitua. Esta espécie de guarda reserva a apenas um dos pais a exclusividade da guarda, enquanto ao outro caberia apenas o direito de visitas, sobre a alteração legislativa em 2008 Tartuce e Simão (2011, p. 227), assim apontam:

Guarda unilateral: uma pessoa tem a guarda enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Essa era a forma mais comum de guarda, trazendo o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores. Em razão desse inconveniente é que se operou a mudança legislativa em questão. Um dos resultados dessa mudança é que a expressão *melhores condições*, na hipótese de guarda unilateral, passa a ter interpretação direcionada pelo texto da lei. Isso porque o novo art. 1.583, § 2º, do CC indica certos critérios para aferição dessas condições: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação.

Conforme destaca o autor supracitado, com a edição da lei 11.698/2008 o Código Civil estabelecia alguns critérios objetivos a serem observados como melhores condições, o que deixa claro que o legislador quis atentar para o melhor interesse da criança afastando a ideia de que essas melhores condições seriam apenas financeiras.

Porém, mesmo diante da referida alteração, fica claro que a atribuição da guarda a somente um dos pais traz inúmeros prejuízos ao menor que cresce cerceado da presença de um dos seus genitores em seu desenvolvimento, já que somente um destes é o seu “detentor”. Assim, assevera Dias (2015, p. 525):

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. Maria Antonieta Pisano Motta afirma que a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.

Entretanto, com a chegada da Lei 13.058 de 2014 que alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil), e estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada” dispondo sobre sua aplicação, o referido diploma é novamente modificado.

Essa alteração representa a intenção do legislador de afastar a guarda unilateral dos filhos, através da instituição da guarda compartilhada como maneira de evitar essa privação do filho da figura de um dos genitores e dos prejuízos que a convivência com apenas um deles podia lhes trazer.

A guarda compartilhada surge, portanto, como uma possível solução aos problemas advindos da privação da convivência dos filhos menores com um de seus genitores e busca assegurar aos filhos uma maior participação de ambos na sua formação e desenvolvimento o que, contudo, na prática encontra alguns percalços no seu exercício.

3.3. O instituto jurídico da guarda compartilhada

O ordenamento jurídico brasileiro, diante da privação ocasionada aos filhos na instituição da guarda unilateral, reservando a um dos cônjuges o poder de conviver diariamente com a sua prole e ao outro apenas o direito de visitação, instituiu a guarda compartilhada como possível solução.

Inicialmente, conforme já exposto, o direito de manter os filhos sob a sua guarda era exclusivo da mãe, que como reflexo do sistema patriarcal anterior, era vista como a figura doméstica enquanto o pai era apenas responsável pelo sustento de sua prole.

Com o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges na relação familiar, reflexo da igualdade preconizada pelo texto da Carta Magna de 1988, aos pais é garantido o mesmo direito de conviver com os seus filhos a partir do momento em que é vínculo conjugal é dissolvido.

A proteção aos filhos vai muito além do estabelecimento de qual genitor será o seu detentor, abarca os princípios constitucionais que garantem a criança e ao adolescente a prevalência do seu melhor interesse sob o dos seus pais, atentando sempre para sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Quando existe a possibilidade de acordo entre os cônjuges no momento de sua separação, o julgador deve observar se o acordado entre os genitores resguarda o melhor interesse do menor e não apenas é o resultado de algum tipo de discórdia existente entre estes pelo fim da união conjugal.

Nesta conjectura o juiz tem o poder, atribuído por lei, de na decisão do caso concreto não regulamentar o acordo estabelecido entre os genitores, se comprovadamente este acordo não representar os princípios constitucionais de proteção ao menor.

Antes do advento da guarda compartilhada a guarda seria unilateral ou alternada. A guarda unilateral, que prevalecia na maioria dos casos, estabelecida no Código Civil vigente, consagrava a apenas um dos cônjuges o direito de convivência com os filhos menores enquanto ao outro cabia o direito de visitação.

Esse direito de visitação era atribuído como contrapartida aquele genitor não detentor da guarda do filho e era convencionado pelas partes diante do juiz, sempre visando o melhor interesse para o menor, procurando assegurar o seu direito constitucional de convivência com ambos os genitores, assim como, a participação dos dois diante da sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Entretanto, vale salientar, que é no direito de visitação que surgem vários conflitos entre os genitores, o que pode prejudicar o desenvolvimento da criança e do adolescente no convívio com seus pais, nesse sentido leciona Lôbo (2011, p. 196):

O direito de visita ao filho do genitor não guardião é a contrapartida da guarda exclusiva. Seu exercício depende do que tiverem convencionado os separados ou divorciados, ou do modo como decidido pelo juiz. Constitui a principal fonte de conflitos entre os pais, sendo comuns as condutas inibitórias ou dificuldades atribuídas ao guardião para impedir ou restringir o acesso do outro ao filho. Muito cuidado deve ter o juiz ao regulamentar o direito de visita, de modo que não prevaleçam os interesses dos pais em detrimento do direito do filho de contato permanente com ambos. Limitações demasiadas podem conduzir ao afastamento progressivo do pai não guardião, em prejuízo do filho. No interesse deste e da preservação do seu direito à convivência com ambos os pais, devem ser resolvidas as disputas. Dificuldades ao exercício do direito de visita devem ser consideradas motivos relevantes para eventual mudança da guarda.

Por outro lado, a guarda alternada, não prevista no ordenamento jurídico vigente, era em alguns casos a saída encontrada pelo julgador diante de situações específicas, onde na separação dos pais encontravam-se dificuldades em estabelecer a guarda unilateral.

Nessa modalidade de guarda, na maioria dos casos acordada pelos pais, como tentativa de resguardar o melhor interesse do menor, a fixação da guarda era atribuída exclusivamente a um dos pais por determinado período de tempo, enquanto ao outro caberia o direito de visitação. Assim conceituam Tartuce e Simão (2011, p. 227):

Guarda alternada: o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, já que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, podemos dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interrompidos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua malinha ou mochila para ir à outra casa. É altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e materna.

Sob essa ótica a guarda alternada, muito criticada pela doutrina, representava uma mudança muito radical diante da vulnerabilidade da criança, o que lhe causava transtornos e instabilidade psicológica, e na maioria das vezes facilitava os conflitos entre os genitores o que promove a sua rara aplicação.

Não se confundem guarda alternada com guarda compartilhada. A guarda alternada revela uma duplicidade de lares para o menor, não havendo fixação de domicílio, diferentemente da guarda compartilhada. Ainda nesse sentido, a guarda alternada confere exclusividade a um genitor em detrimento do outro por determinado período de tempo o que não ocorre no segundo modelo. Assim exemplificam Gagliano e Filho (2012, p. 599):

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

Conforme entendimento majoritário da doutrina, a guarda alternada não é uma boa modalidade, pois, conforme o supracitado entendimento essa modalidade na maioria das vezes não reflete o melhor interesse para o menor, pelo contrário, lhe causa desconforto.

Diante da situação de rompimento conjugal o poder familiar sobre os filhos permanece com os dois genitores e não pode ser mitigado em prol do

interesse dos pais, cabendo a estes o direito de convivência com a sua prole e efetiva participação em seu desenvolvimento.

A guarda compartilhada, instituída pela Lei 11.698 de 2008, trouxe ao ordenamento pátrio a inovação referente a divisão da responsabilidade conjunta aos dois genitores pela criação e o desenvolvimento dos filhos, o que acarreta a ambos os mesmos direitos e deveres, decorrentes do poder familiar.

A guarda compartilhada surge no ordenamento jurídico brasileiro como uma maneira de garantir aos genitores o mesmo direito de participação na vida dos filhos, com o fim de assegurar ao menor seu direito constitucional à convivência com ambos os genitores.

Sob essa ótica Tartuce e Simão (2011, p. 227), assim conceituam essa modalidade de guarda:

Guarda compartilhada ou guarda conjunta: hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais.

Sobre a guarda compartilhada leciona Lôbo (2011, p. 199):

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

A guarda compartilhada é prevista em nosso ordenamento jurídico no artigo 1.583 do Código Civil vigente, sendo definida como a responsabilização de ambos os genitores pelos direitos e deveres dos filhos menores, visando sempre o maior convívio possível entre pais e filhos após a dissolução do vínculo conjugal.

Tal previsão legal foi inserida em nosso ordenamento com o advento da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do atual Código Civil para instituir a guarda compartilhada.

Assim, o referido instituto trouxe ao ordenamento uma possível solução diante da dissolução da entidade familiar, capaz de garantir aos filhos que mesmo

frente a separação dos pais, estes, não seriam prejudicados nem cerceados do seu direito à convivência com ambos os genitores.

Antes de sua inserção legal como modalidade de guarda, a guarda compartilhada tinha a possibilidade de ser aplicada quando esta representava o melhor interesse para o menor diante do caso concreto, quando afastada a aplicação de uma guarda unilateral.

Após o advento da Lei 11.698, com a sua inserção no diploma civil além de ser instituída a guarda compartilhada, o art. 1.584 do CC/02 passou a ser recomendada sempre que não houver acordo entre os cônjuges sobre a guarda dos filhos. Assim leciona Dias (2015, p. 526):

A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais. Caso não pudesse ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores, se transformaria em instituto destituído de efetividade. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda conjunta.

Contudo, é importante destacar que a Lei 11.698/2008 apesar de instituir a guarda compartilhada e possibilitar a concessão judicial desta, é com o advento da Lei 13.058/2014 que o referido instituto passa a ser a regra para aqueles casos em que os genitores não cheguem a um acordo.

O grande objetivo da instituição da guarda compartilhada é fazer prevalecer o melhor interesse para o menor, o que na prática necessita de uma grande contribuição da figura dos pais, no que diz respeito a dividir inteiramente a responsabilidade conjunta pela guarda de sua prole.

Corroborando com este entendimento Dias (2015, p. 525), leciona que “compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere”.

Notadamente, que o sucesso da instituição da guarda compartilhada depende diretamente de um conjunto de fatores, e requer dos genitores um elevado

grau de maturidade e respeito na condução das responsabilidades atinentes aos filhos menores.

Assim, é nítido que o referido instituto apesar de visar sempre o melhor para a criança e o adolescente encontra alguns percalços em sua aplicação prática, pois que, nem sempre os genitores se enquadram nessa situação de respeito necessário ao sucesso da guarda compartilhada.

4. APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Em linhas anteriores, foi visto no presente estudo a formação e evolução histórica da família no ordenamento jurídico pátrio, bem como sua extinção e a Alienação Parental, fruto dessa extinção. Diante do poder familiar, analisou-se o instituto da guarda como seu componente, suas modalidades e a importância do princípio do melhor interesse para o menor.

Esta análise foi de fundamental importância para que nesse momento se chegue ao ponto culminante da pesquisa. Após feita a definição da Alienação Parental e de suas consequências e do estudo da Guarda Compartilhada, diante da preferência pela sua instituição passa-se a análise do ápice da pesquisa: a aplicabilidade do instituto da Guarda Compartilhada aos casos de Alienação Parental.

4.1. Dificuldades práticas na aplicação da Guarda Compartilhada

O presente estudo em capítulos anteriores abordou as entidades familiares, sua dissolução, a evolução do divórcio no Brasil, a legislação vigente referente ao fim do casamento, a alienação parental como reflexo do fim da união conjugal, o instituto da guarda e a proteção do menor como princípio norteador das relações familiares, e o advento da Guarda Compartilhada.

Feita a análise dos temas supracitados, neste momento é necessário abordar os pontos positivos e negativos atinentes à instituição da guarda compartilhada nos casos concretos, bem como a maneira de se prevenir a instalação da alienação parental no seio familiar.

Por conseguinte, é imperioso destacar a peculiaridade de cada composição familiar, atentando sempre para a garantia constitucional do melhor interesse para o menor, valendo-se dos institutos jurídicos vigentes, neste momento no que diz respeito à guarda compartilhada.

A guarda unilateral, regra anteriormente aplicada aos filhos menores no caso de separação dos pais, revelava uma incongruência na proteção da pessoa dos filhos, pois atribuía a somente um genitor o direito de guarda enquanto ao outro cabia apenas o direito à visitação conforme abordado anteriormente.

Essa modalidade de guarda, conforme entendimento de Madaleno (2013), contemplava uma ampla tendência para a custódia materna, especialmente nos casos de filhos de pouca idade, o que não priorizava a igualdade entre os cônjuges no âmbito familiar.

O instituto da guarda compartilhada, conforme analisado em momento anterior, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de solucionar aquelas situações de dissolução do vínculo conjugal em que os pais não chegassem a um acordo entre si sobre a fixação da guarda dos seus filhos menores.

A Lei nº 11.698/2008 ao instituir a guarda compartilhada como modalidade de guarda válida no ordenamento pátrio visava a proteção do menor diante da dissolução da entidade familiar formada por estes e os seus genitores, sempre resguardando o seu direito à convivência com ambos.

A guarda compartilhada prioriza o melhor convívio entre pais e filhos, buscando concretizar o direito de convivência entre estes, resguardando aos dois genitores os mesmos direitos e deveres em relação a sua prole, o que tem por finalidade transmitir aos filhos que o seu vínculo afetivo não pode ser desfeito com os pais.

Entretanto, a referida modalidade de guarda encontra alguns percalços em sua aplicação no que diz respeito às dificuldades encontradas em se manter uma boa convivência e um bom relacionamento dos dois genitores após o rompimento da união conjugal.

Assim, em alguns casos específicos a guarda compartilhada não encontra um ambiente propício a sua instauração e por esse motivo, para resguardar o interesse e o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente, não é indicada como melhor opção. Nestes casos, mesmo havendo a lei estabelecido a preferência pela guarda compartilhada, o melhor interesse do menor deve prevalecer.

Para que a guarda compartilhada alcance sua finalidade e represente verdadeiramente o melhor para os filhos, é necessário que os pais se relacionem sempre contribuindo um com o outro, renunciando aos seus interesses e estimulando a harmonia entre si e entre os filhos.

É neste aspecto que o instituto em análise encontra seu maior obstáculo. Alguns pais não aceitam o fim da união conjugal e acabam por encontrar nos filhos uma maneira de vingar-se do seu antes companheiro, o que reflete de maneira muito negativa na criação dos filhos.

É nesse sentido que Lôbo (2011, p. 201), aponta para que a guarda compartilhada encontre sucesso em sua efetivação:

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.

Conforme entendimento supracitado é necessário analisar no caso concreto se existem conflitos impeditivos do sucesso desse tipo de guarda. A preferência expressa pela lei no sentido de aplicação da guarda compartilhada não faz desta um remédio genérico a todo e qualquer caso.

De acordo com esse mesmo pensamento a Lei nº 13.058/2014, disciplina que:

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

Ao aplicador da lei caberá a árdua tarefa de analisar minuciosamente as circunstâncias de cada caso, levando em consideração cada situação vivenciada pelos protagonistas da discussão pela guarda do filho menor, o que destaca seu importante papel de protetor dos interesses do menor.

O grande objetivo da instituição da guarda compartilhada é estabelecer o estreitamento dos laços afetivos da família, mesmo após sua dissolução, o que tem o condão de gerar nos filhos uma relação de continuidade, de prevalência da mesma relação de dependência e de subordinação de ambos os genitores.

Nesta seara, Madaleno (2013, p. 440), aponta para a grande importância que tem os pais em colocar os interesses dos filhos em primeiro plano:

É a partilha da guarda jurídica, da autoridade de pai, que não se esvai pela perda da companhia do filho e em troca das visitas decorrentes da separação dos pais, contudo, para que a guarda conjunta tenha resultados positivos faz-se imprescindível a sincera cooperação dos pais, empenhados em transformarem suas desavenças pessoais em um conjunto de atividades voltadas a atribuir estabilidade emocional e sólida formação social e educativa aos filhos criados por pais separados, contudo, estando ambos genitores sinceramente preocupados e focados com os interesses superiores dos filhos.

Neste sentido, fica claro que a lei dá ao juiz o poder-dever de analisar se ambos os genitores estão aptos a acolherem o instituto da guarda compartilhada, afastando os conflitos e divergências entre si e buscando o bem comum de sua prole.

Outra dificuldade prática observada na aplicação da guarda compartilhada reside no fato de que com o advento da Lei nº 13.058/2014 aos filhos não restou a opção de ter sua vontade considerada, já que com a mudança legislativa ficou nítida a prevalência do compartilhamento da guarda quando não existir acordo.

Nesse contexto, é importante salientar que o Estado não atentou para a condição do menor em desenvolvimento, Dias (2015, p. 528), destaca que “a mudança tem sido considerada também uma ingerência demasiada do Estado, na vida íntima e particular, uma intromissão sem limites nas decisões da família [...]”.

Diante do exposto fica claro que apesar de ser a regra, a guarda compartilhada requer uma atenção especial na sua acepção prática, pois, estabelecer uma convivência dos filhos com pais que vivem em conflitos acaba por refletir nestes de maneira demasiadamente negativa.

Por esse motivo, que se faz necessário que na fixação da guarda o juiz conte com orientação técnico-profissional, ou de equipe multidisciplinar para estabelecer as atribuições de pai e mãe visando sempre uma divisão equilibrada dessas tarefas e do tempo de convívio, como acertadamente destacou a Lei nº 13.058/2014.

Estabelecer uma convivência onde não há o mínimo de harmonia possível de criar um ambiente sadio e tranquilo para crescimento do menor, apenas por ser a regra vigente, é transferir para este a situação de desconforto e de tristeza ocasionada pelo fim da união conjugal entre seus pais. Tartuce e Simão (2011, p. 230), esclarecem:

Apesar da mudança, de qualquer forma, deve ser frisado que, caso os pais estejam em “pé-de-guerra”, a guarda compartilhada será impossível, pois no primeiro atraso do pai, a mãe já entra em pânico, correndo à Delegacia para fazer Boletim de Ocorrência, ameaçando o pai com a morte, etc.

É neste ponto que vale salientar a importância da implementação dos princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, bem como aos princípios constantes do ECA atentando sempre para a condição de pessoa em desenvolvimento do menor.

A harmonia entre os genitores, portanto, deve ser um dos pontos mais observados na atribuição dessa modalidade de guarda, já que, esses pequenos conflitos cotidianos podem desencadear uma série de problemas emocionais e psicológicos nos filhos.

Ao abordar os problemas práticos atinentes à guarda compartilhada, outra situação extremamente grave que pode se configurar na relação entre pais e filhos diz respeito à Alienação Parental, que pode surgir através desses pequenos conflitos diários, quando os pais passam a usar os filhos como instrumento de ameaça frente ao outro.

Assim, ainda que a guarda compartilhada traga consigo uma série de benefícios é imprescindível que estejam superados os interesses individuais de cada cônjuge em prol do melhor interesse para os filhos, tendo em vista que essa modalidade de guarda é mais benéfica de que a decisão de privar filhos e pais do seu direito de convivência.

4.2. Aplicação da Guarda Compartilhada em casos de Alienação Parental configurada

A aplicação da guarda compartilhada como analisada anteriormente requer, para efetivação de seu implemento diante de um caso concreto, a contribuição recíproca e contínua dos pais, no processo de divisão das responsabilidades e manutenção dos filhos menores.

Neste sentido, o referido instituto encontra alguns óbices, quando da sua aplicação, nos casos em que os pais têm opiniões divergentes e protagonizam

situações de conflitos reiteradas, onde não predominam a harmonia e o zelo pelo bem estar de sua prole.

Em relação ao tema Akel (2008 apud TARTUCE, 2011), bem assevera que a possibilidade do exercício conjunto da guarda compartilhada pelos genitores somente haverá quando estes concordarem e entenderem os seus benefícios.

É nesse âmbito que a doutrina civil aponta alguns obstáculos práticos referentes a guarda compartilhada. Gonçalves (2009), acertadamente leciona que naturalmente, a guarda compartilhada não deve ser imposta como solução para todos os casos, sendo contraindicada em algumas situações.

Com o advento da Lei nº 12.318 de 2010, a alienação parental, antes abordada apenas pela doutrina com pouco respaldo a seus efeitos negativos, é instituída na legislação brasileira e estabelece recursos para identificar e punir os alienadores.

A Alienação Parental, conforme definição já feita em momento anterior, é caracterizada pela Lei 12.318/2010 como todo ato que venha a interferir na formação psicológica da criança ou do adolescente, nos seguintes moldes:

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.

Essa interferência psicológica abordada pela lei, sem dúvida alguma, acarreta uma série de prejuízos aos menores envolvidos, e obviamente dificulta em muito a viabilidade da aplicação da guarda compartilhada, já que o genitor alienador promove na criança os sentimentos de ódio e rancor em relação ao outro genitor.

Sobre o sofrimento psicológico causado ao filho, assevera Dias (2015, p. 546):

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.

Sob essa ótica, ficam claros os prejuízos ocasionados a criança que está inserida em uma situação de Alienação Parental configurada, e é nesse contexto que surge a indagação de como fixar a guarda nestes casos, diante da vulnerabilidade do menor frente a problemática estabelecida. Assim lecionam Figueiredo e Alexandridis (2013, p. 41):

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.

A instituição legislativa da Alienação Parental, apenas legitimou um processo há muito já encontrado pelo legislador no momento de fixação da guarda nos casos de separação dos pais, contudo, é importante ressaltar o papel do legislador frente a tais situações, pois que, nem sempre as acusações são verdadeiras.

Desta maneira, ao interferir diretamente na formação do menor que está sob a guarda do alienador, encontra-se na configuração da Alienação Parental um sério problema para aplicação do instituto da guarda compartilhada, visto que, a harmonia e o respeito não estão presentes nessa situação.

A doutrina civil, não é unânime no que diz respeito a esta temática. Para alguns, instituir a guarda compartilhada em casos de alienação parental configurada, seria acirrar ainda mais a disputa estabelecida entre genitores, usando o filho como instrumento. Nesse sentido leciona Madaleno (2013, p. 442):

Não há lugar para a guarda conjunta entre casais ditos amargos, conflituosos, e que encontram no filho o troféu de todas as suas dissensões judiciais e extrajudiciais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio, como já vem se pronunciando a jurisprudência brasileira.

Para o referido autor, a instituição da guarda compartilhada tem como pré-requisito o bom senso e o acordo entre os pais, o que quando não caracterizado pode afastar essa modalidade de guarda, visando o melhor interesse do menor e o seu desenvolvimento sadio.

Com vistas a garantir o princípio do melhor interesse para a criança a jurisprudência em alguns casos específicos tem decidido pela não aplicação da guarda compartilhada, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 25 de fevereiro de 2015:

Guarda de filho. Interesse da criança. Guarda compartilhada. Visitas. 1 –A guarda compartilhada é recomendável. Visa a continuidade das relações de parentalidade, a preservação do bem-estar e a estabilidade emocional dos filhos menores. No entanto, se os pais mantêm relacionamento conflituoso, não se recomenda a guarda compartilhada. 2 - Tratando-se de criança que, desde a separação do casal está sob a guarda da mãe, que lhe dispensa os cuidados básicos com a criação, educação e formação, recomenda-se manter a guarda da menor com a mãe. 3 – Concedida a guarda da menor à mãe, deve-se resguardar o direito de visitas do pai, cuja regulamentação deve priorizar os interesses da criança sobre os dos pais. 4 – Apelações providas em parte.

(TJ-DF - APC: 20120110811689 DF 0022461-74.2012.8.07.0001, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 25/02/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/03/2015. Pág.: 434).

Em contrapartida, alguns autores encontram na guarda compartilhada a solução para dirimir os conflitos e disputas entre genitores sobre os filhos, já que, proporciona o mesmo convívio e as mesmas atribuições a ambos, funcionando como uma solução a estes casos. Nesse diapasão aduz Lôbo (2011, p. 201):

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.

Para o referido autor, a aplicação da guarda compartilhada é um grande instrumento capaz de produzir a superação dos conflitos entre os cônjuges

inconformados com o fim da relação, pois que, direciona estes a um convívio harmonioso e sadio, em que superados os conflitos, a família, ainda que separada, forme um elo de harmonia e de consenso.

No mesmo sentido é o entendimento dos Tribunais atualmente, diante da regra legal da aplicabilidade da Guarda Compartilhada, para que a lei não se torne “letra morta”. Importa destacar a seguinte decisão proferida pela Ministra Nancy Andrichi em sede de Recurso Especial, em 3 de junho de 2014:

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

(STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014)

No que diz respeito à prevenção de conflitos, conforme pensamento corroborado por Lôbo (2011), a guarda compartilhada é uma grande peça responsável pela prevenção, tendo em vista que, o grande objetivo da Lei em comento é estimular o companheirismo entre os genitores e a ideia de continuidade do seio familiar para os filhos.

Diante do exposto, é possível concluir que a aplicação da guarda compartilhada requer uma boa e harmoniosa convivência entre os genitores. Contudo, quando configurada a alienação parental, situação que afasta esses requisitos prévios, não se pode afastar incontestavelmente a sua aplicação.

É necessário, no contexto do caso concreto de alienação parental, analisar se realmente a definição dessa modalidade de guarda vai representar a aplicação do princípio constitucional do melhor interesse para o menor, de sorte que, este deve ser o princípio basilar das situações de conflito.

Conferir a instituição da guarda compartilhada em um caso de grave conflito entre os pais, inserir a criança em um ambiente de disputa contínuo, de litígios rotineiros, seria como estimular o desenvolvimento do conflito, quando na prática não se note que a realidade pode evoluir para uma boa convivência.

É neste âmbito que se faz necessária a busca por maneiras eficazes de combate à instalação da alienação parental no seio familiar, antes que esta venha a se tornar um problema real e concreto capaz de ocasionar danos irreparáveis à figura dos filhos.

Por outro lado, nas situações de alienação parental já configurada, caberá ao julgador analisar concretamente e detalhadamente o caso concreto, ponderando com base nos princípios constitucionais que embasam os direitos do menor, se realmente a guarda compartilhada alcançará seu objetivo de propiciar uma boa convivência àquela família.

4.3. A importância da Mediação Familiar na fixação da guarda em casos de Alienação Parental

Conforme o exposto em tópico anterior, o direito de família encontra na Alienação Parental um grande percalço ao sucesso da aplicação da guarda compartilhada.

Sob essa ótica, é dificultoso ao julgador determinar a aplicação da guarda compartilhada conforme determina a lei, para os casos em que os pais não estabeleçam um acordo, quando ficar evidente a caracterização da alienação parental no caso concreto.

O julgador de um lado deve observar a preferência legal pelo compartilhamento da guarda nos casos em que a lei expressamente declarou e em contrapartida, deve atentar para a efetividade do princípio do melhor interesse para o menor, que deve ser o grande norteador de suas decisões.

Assim, é na solução do caso concreto que pode se determinar o que será melhor para a criança. Estipular uma guarda compartilhada apenas para atender ao que diz a lei seria desrespeitar amplamente os princípios constitucionais abarcados pelo direito de família.

Se de um lado estão os obstáculos opostos a uma boa convivência entre cônjuges separados e seus filhos, promovida pela aplicação da guarda compartilhada, do outro, existem todas as gravosas consequências de determinar uma guarda unilateral a apenas um genitor e privar tanto a criança como o genitor do seu direito à convivência.

Neste ponto, vale salientar que a Lei 12.318/10 em sua disposição expressa vê na instituição da guarda compartilhada uma solução aos casos de alienação parental configurada:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

[...]

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

[...].

A lei ao determinar a guarda compartilhada nos casos em que for comprovada a alienação parental, buscou dirimir os conflitos existentes entre genitores a partir da intensificação do convívio entre estes e os filhos, de maneira a estimular a boa convivência.

Contudo, em alguns casos mais gravosos é imperioso que o julgador de maneira prévia à determinação da guarda compartilhada busque maneiras práticas de solucionar os litígios que possam causar graves danos em sede de convívio comum entre alienador e alienado.

É nesse aspecto que a mediação familiar surge como instrumento capaz de auxiliar o julgador na fixação da guarda, com o objetivo de pôr fim aos reiterados conflitos existentes na família e reestabelecer um ambiente sadio e de harmonia capaz de garantir uma mútua contribuição dos pais nesse processo.

Conforme leciona Dias (2015), a mediação pode ser definida como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória aos interesses em conflito.

Apontando para a importância da mediação familiar bem assevera Lôbo (2011, p. 202):

O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição.

Entretanto é importante destacar que o projeto inicial da Lei 13.058/2014 fazia menção ao instituto da mediação como instrumento necessário para resolução de conflitos no âmbito da alienação parental, nos seguintes moldes:

Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

O supracitado artigo foi vetado do texto da lei em comento com o fundamento de que, por se tratar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar de um direito indisponível não seria possível sua apreciação através do mecanismo da mediação.

Porém, não há que se falar em substituição da via judicial para estabelecer a fixação da guarda, mas sim, de um procedimento capaz de dar efetividade a decisão judicial através de um processo restaurativo, visando o afastamento da alienação parental configurada.

É neste ponto que o presente estudo quer direcionar uma atenção peculiar. O conflito gerado pela alienação parental, capaz de impedir que a guarda

compartilhada alcance sua finalidade, poderia ser atenuado mediante um processo prévio de mediação no qual a instituição da guarda compartilhada surgisse como resultado desse processo.

Corroborando este pensamento, leciona Dias (2015, p. 66):

A mediação não é um meio substitutivo da via judicial. Estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes. Cuida-se da busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira sustentável. No dizer de Águida Arruda Barbosa, a mediação familiar interdisciplinar é uma abordagem ética, exigindo responsabilidade não apenas dos envolvidos no conflito, mas também de todos os profissionais do direito das famílias.

Ainda neste diapasão é necessário destacar também que as relações familiares por serem privadas, nem sempre apontam para o judiciário como uma melhor maneira de resolução dos conflitos. O primado da afetividade no seio da família, é sem dúvida o grande ponto de acordo dos entes componentes da entidade familiar.

Nessa mesma ótica leciona Lôbo (2011, p. 49):

Outro importante passo é o crescimento da mediação como instrumento valioso para solução dos conflitos familiares. O mediador não é julgador; sua função é aproximar os litigantes para que possam alcançar o máximo de consenso. As disputas entre cônjuges, pais e filhos e entre companheiros, que dizem respeito ao direito de família, saem do conflito que degrada as relações familiares, assumindo as pessoas a responsabilidade pelas próprias decisões compartilhadas, que tendem a ser mais duradouras que as decisões judiciais, pois estas não encerram o conflito.

Ainda neste sentido, Farias e Rosenvald (2012), lecionam que a família é o mais privado de todos os espaços do Direito Civil, de modo que, a mediação pode funcionar como instrumento facilitador nos conflitos da família, construindo nos genitores em litígio uma nova maneira de enxergar a situação divergente.

Sobre este ponto, importante destacar também que não se confunde a mediação aqui pretendida com conciliação e arbitragem, como maneira de solucionar o litígio familiar, pelo contrário, a mediação funciona apenas como instrumento para pacificação do conflito. Assim assevera Barbosa (2004 apud FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 68):

Efetivamente, não há que se confundir mediação com arbitragem ou mesmo com a conciliação. Como explica ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA, a conciliação é um mecanismo extintivo do conflito de interesses através de um acordo celebrado entre as partes. Ou seja é uma transação em juízo. Na arbitragem, utiliza-se para a solução de determinados conflitos de interesses (notadamente patrimoniais) um árbitro, indicado pelas partes. É uma espécie de “justiça privada escolhida pelas partes.” Distintamente de tais figuras, *a mediação utiliza uma terceira pessoa neutra para auxiliar as partes conflitantes (mediandos) a despertar seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito, chegando a uma solução. (grifos do autor).*

Assim, trazer a mediação como instrumento facilitador da resolução dos conflitos familiares não consiste em transmitir ao mediador a faculdade de encerrar o litígio, ao contrário, sua perspectiva é a de transformar o litígio objetivando uma solução jurídica plausível ao caso concreto.

A instituição da guarda compartilhada requer uma grande contribuição dos pais, já que, conforme a lei caberá a estes tomar todas as decisões sobre a vida dos filhos, desde estabelecer a base de moradia dos filhos visando o seu melhor interesse, estabelecer sua rotina, seus estudos, seus feriados, ou seja, a participação conjunta dos genitores em todos os âmbitos da vida da criança.

É preciso destacar ainda, que com a instituição da guarda compartilhada a responsabilidade pelos alimentos, em concordância a modalidade de guarda, é conjunta dos dois genitores proporcionalmente a suas condições financeiras tendo em vista o binômio necessidade do alimentando e possibilidade do genitor.

Nessa conjuntura, inquestionável é a dificuldade em estabelecer cada seara da vida dos menores numa situação em que os pais não preservem uma boa convivência, de sorte que, na mediação encontra-se um instrumento prático e plausível para estabelecer esse contato necessário.

Visando um processo de família mais eficaz e vantajoso às partes, o novo Código de Processo Civil trouxe em seus arts. 166 à 176 os princípios regedores da mediação e da conciliação, determinando a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetam a mediação ou atendimento multidisciplinar, tendo estes direitos a tantas sessões quantas forem necessárias.

A alteração legislativa, além disso, instituiu o atendimento multidisciplinar envolvendo profissionais das mais diversas áreas, como psicólogos, pedagogos, assistentes sociais, determinando no mesmo sentido a suspensão processual enquanto as partes se submetem a este atendimento.

Sem dúvidas, as alterações legislativas acima referidas são os reflexos do processo da constitucionalização do direito de família, que há muito notadamente merecia de um olhar direcionado às modernidades encaradas cotidianamente pela família atual brasileira.

Sobre a mediação Lôbo (2011, p. 50), aduz que “os conflitos de família, antes de serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, envolvendo sofrimentos”. O que corrobora com a tese aqui defendida de que a mediação familiar pode figurar como forte aliada para fixação da guarda compartilhada em um caso de alienação parental configurada.

Assim, o grande diferencial em se estabelecer a mediação como ponte de acesso à guarda compartilhada nos casos de conflitos constantes entre genitores, consiste na minimização dos atritos através de um processo que tenha por finalidade desencadear um convívio harmonioso prático.

Inicialmente, o processo de Mediação Familiar buscaria dirimir os conflitos entre os genitores, afastando a incidência da prática de atos de alienação parental que causem traumas a afetem psicologicamente os menores envolvidos nestes casos.

Afastada a configuração da Alienação Parental ao caso concreto, a aplicação da guarda compartilhada surgiria como resultado físico desse processo mediador, onde pais e filhos, afastados os conflitos, estabeleceriam uma nova convivência mais harmoniosa e sadia, possível de gerar inúmeros benefícios a todos os componentes da entidade familiar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve como objetivo fazer uma análise da aplicação do instituto da guarda compartilhada aos casos de alienação parental, partindo da sua configuração no seio da família diante da dissolução da entidade conjugal.

No primeiro capítulo tratamos da composição e extinção da entidade familiar em uma visão histórica, apontando a alienação parental como efeito dessa dissolução conjugal em alguns casos. No segundo capítulo tratamos da guarda e suas modalidades, e por fim, no terceiro capítulo destacamos a aplicação da guarda compartilhada aos casos de alienação parental e a mediação como instrumento auxiliador na fixação dessa guarda.

Com o presente estudo, delineamos que a família passou por várias transformações ao longo dos séculos em decorrência da evolução da sociedade e que, a quebra da ideia de indissolubilidade do matrimônio trouxe vários reflexos ao ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, a família passou a receber proteção especial do Estado independente de sua forma de configuração, já que antigamente só eram protegidas aquelas entidades advindas do vínculo matrimonial, pois a ideia de que o matrimônio era sagrado prevalecia para o Direito Natural.

Nesta investigação, foi possível concluir que um grande passo em relação à configuração atual da família está na isonomia alcançada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu a igualdade entre homem e mulher, sujeitos dos mesmos direitos e deveres.

A união matrimonial, defendida e protegida prioritariamente nos séculos passados, deu lugar a novas configurações de famílias atualmente, em que pouco importa a maneira de sua composição, seja esta extensa, monoparental ou fruto do matrimônio.

Em relação à quebra da indissolubilidade conjugal, a extinção da entidade familiar ganhou espaço, de modo que evolutivamente a união conjugal tornou-se mais fácil de ser rompida, de modo que hoje essa união pode ser desfeita pela própria vontade dos cônjuges a qualquer momento.

A configuração da nova família, independentemente de sua formação, deve buscar apenas realizar os anseios de felicidade e convivência saudável entre os seus componentes, de sorte que, o afeto e o amor devem ser os grandes elos da entidade familiar.

Notamos que o estudo do Direito de Família atual em nenhum momento pode afastar-se dos princípios constitucionais que garantem aos componentes da entidade familiar permanecerem juntos enquanto seja esta a sua vontade, o princípio da dignidade da pessoa humana deve servir sempre como diretriz no seio da formação familiar.

Com a facilidade da extinção da relação conjugal destacou-se a importância do estudo da guarda como componente do poder familiar, bem como dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos decorrentes deste poder, que por decorrerem da filiação não se modificam com a extinção do vínculo entre os genitores.

Observamos diante dessa situação de quebra do vínculo conjugal, que deve prevalecer sempre o princípio do melhor interesse para o menor, sendo afastadas as divergências e conflitos entre os genitores, já que os filhos não são os responsáveis pela dissolução conjugal.

Sobre a separação dos genitores foi dada ênfase a continuidade que deve ser transmitida aos filhos, da relação entres estes e seus pais, visto que, pode ser desfeito o vínculo conjugal tão somente, e não o vínculo adquirido pelos genitores e seus filhos através do nascimento.

Os filhos necessitam do apoio e da presença de ambos os genitores em sua formação, bem como, da sociedade e do Estado, conforme elencado no texto da Magna Carta de 88, de modo que a sua proteção é integral e deve ser preconizada em todos os âmbitos.

Foi analisada a guarda unilateral nos casos de separação dos genitores como solução trazida pelo Código Civil de 2002, que prevalecia na maioria dos casos concretos, diante da dissolução do vínculo conjugal, bem como de seus pontos positivos e negativos.

Ficou claro que instituir a guarda a apenas um dos pais e restringir o convívio com outro genitor, que é garantido constitucionalmente aos pais e filhos, não é a melhor maneira de se garantir a convivência com os dois genitores, por outro lado acaba por afastar pais e filhos.

Na constância do processo de separação é nítido que a parte hipossuficiente, que mais sofre como esse processo, são os filhos. De maneira que, muitas vezes além de vivenciarem esse momento de vulnerabilidade passam a ser usados como instrumento de vingança pelo cônjuge que não aceita o fim da união.

Com essa prática, na maioria dos casos se instala a alienação parental, que provoca um círculo vicioso entre pais e filhos, ocasionando o afastamento entre estes, e em alguns casos evolui para a Síndrome de Alienação Parental, que gera ainda mais prejuízos aos filhos.

A guarda compartilhada surge no ordenamento com possível solução a esta prática que deve ser afastada das relações familiares. Contudo, apontou-se nesse estudo para sua eficácia preventiva desse problema, mas também para as dificuldades encontradas na sua aplicação em casos de alienação já configurada.

Constatamos que muitos são os percalços encontrados na aplicação dessa modalidade de guarda, principalmente, quando não é possível uma relação sadia e de harmonia entre genitores para que o filho menor tenha o princípio do seu melhor interesse resguardado.

Assim, destacamos a importância da mediação familiar nesses casos, como maneira de dirimir os conflitos já existentes e promover o melhor convívio possível entre pais e filhos, de modo que a aplicação da guarda compartilhada seja fruto desse processo, tendo sua eficácia garantida e seu objetivo alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Crislaine Maria Silva de. **A Emenda Constitucional n.º 66 de 2010 e seus efeitos**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7008/A-Emenda-Constitucional-no-66-de-2010-e-seus-efeitos>>. Acesso em 12 de abr. de 2016.

BOBSIN, Diego Rafael de Oliveira. **O divórcio após a Emenda Constitucional n.º 66**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12235>. Acesso em 12 de abr. de 2016.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 12 de abr. de 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Lei 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/_ato20112014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos**

processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 11 de abr. de 2016.

_____. Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em 13 de abr. de 2016.

_____. Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. **Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em 09 de abr. de 2016.

_____. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1428596.** 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 25 de jun. de 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>>. Acesso em 26 de abr. de 2016.

_____. TJDF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **APC. 20120110811689.** Relator: Ana Cantarino. Julgado em 25 fev. 2015. Publicado em: 10 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172739204/apelacao-civel-apc-20120110811689-df-0022461-7420128070001>>. Acesso em 26 de abr. de 2016.

BRITO, Francine Amanda Franchi. **Da atual legislação da guarda compartilhada e sua aplicabilidade.** Disponível em: <<http://francinefranchi.jusbrasil.com.br/artigos/160632197/da-atual-legislacao-da-guarda-compartilhada-e-sua-aplicabilidade>>. Acesso em 17 de abr. de 2016.

CABEZON, Ricardo. **Breves Comentários sobre a Lei nº 13.058/14.** Disponível em: <<http://cabezon.jusbrasil.com.br/artigos/159452665/breves-comentarios-sobre-a-lei-n-13058-14>>. Acesso em 19 de abr. de 2016.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família: Direito Civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família / sucessões.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. **Alienação Parental e suas consequências.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_e_suas_cons_equencias.pdf>. Acesso em 13 de abr. de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodvim, 2012.

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

FREITAS, Thaís Cristina Rodrigues. **A garantia da aplicabilidade da guarda compartilhada com o advento do instituto da alienação parental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8674/A-garantia-da-aplicabilidade-da-guarda-compartilhada-com-o-advento-do-instituto-da-alienacao-parental>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família — As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?** Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textossobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 13 de abr. de 2016.

GIMENEZ, Ana Paula. **Mediação contribui para definição rápida e pacífica da guarda dos filhos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/ana-paula-gimenez-mediacao-ajuda-definir-guarda-filhos>> Acesso em 21 de abr. de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NOGUEIRA, Brenno Antônio Macedo; NORONHA, Elizangela do Socorro de Lima. **Alienação Parental: aspectos psicológicos e a nova lei da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39297/alienacao-parental-aspectos-psicologicos-e-a-nova-lei-da-guarda-compartilhada/2>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINHO, Ana Carla. **A Alienação Parental e a Guarda Compartilhada como Forma de Prevenção**. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/1639>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

PINTO, Anna Beatriz Rossi Nogueira. **O problema da eficácia da aplicação da guarda compartilhada aos casos de alienação parental**. Brasília: O autor, 2014.

(Monografia em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB).

SANTORO, Marcelo. **Novo CPC traz alterações importantes para ações de família**. Disponível em:

<http://www.maxpressnet.com.br/Conteudo/1,753229,Novo_CPC_traz_alteracoes_importantes_para_acoes_de_familia,753229,8.htm>. Acesso em 21 de abr. de 2016.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em 16 de abr. de 2016.

STOLZE, Pablo. **O Novo CPC e o Direito de Família: Primeiras Impressões**.

Disponível em: <<http://salomaoviana.jusbrasil.com.br/artigos/195620876/o-novo-cpc-e-o-direito-de-familia-primeiras-impressoes>>. Acesso em 22 de abr. de 2016.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.