



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CRISTINA GAMA AUGUSTO

Guarda Compartilhada

Rio de Janeiro

2009

CRISTINA GAMA AUGUSTO

Guarda Compartilhada

Artigo Científico Jurídico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2009

Guarda Compartilhada

Cristina Gama Augusto

Graduada pela Faculdade de Direito
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: o presente trabalho visa a analisar o instituto da guarda compartilhada, que é a responsabilização conjunta dos pais em relação aos seus filhos. Tal estudo implica a compreensão da Lei nº. 11.698/08 como possibilidade de solução para a Síndrome da Alienação Parental.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Constitucional. Divórcio. Separação Judicial. Guarda. Convivência Familiar. Poder Familiar.

Sumário: 1- Introdução. 2- A origem da guarda compartilhada. 3- Princípios inerentes à guarda compartilhada. 3.1- Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3.2- Princípio da Proteção integral à criança e ao adolescente. 3.3- Princípio da Afetividade. 4- Guarda Compartilhada: conceito e características. 5- Modalidades de Guarda. 5.1- Guarda Unilateral. 5.2- Guarda Alternada. 5.3- Guarda Dividida. 5.4- Aninhamento. 6- Direito de Visitas. 7- Dano Afetivo. 8- A origem da Síndrome da Alienação Parental. 9- A Síndrome da Alienação Parental. 10- Soluções Judiciais para Síndrome da Alienação Parental. 11- Conclusão. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar de forma crítica o instituto da guarda compartilhada no Direito Brasileiro, que é um importante instrumento para a preservação da convivência familiar entre pais e filhos após a dissolução da vida conjugal. Além de defender a necessidade de participação igualitária de ambos os genitores na criação e no

desenvolvimento dos filhos que de forma repentina perdem o contato com um dos pais por causa da dissolução da vida conjugal.

No Código Civil de 1916, não era possível a dissolução do casamento. Era cabível o desquite no qual os filhos menores permaneciam com o cônjuge inocente. A família só era constituída pelo matrimônio. Com o casamento a mulher era tratada como relativamente incapaz.

Com o Estatuto da Mulher Casada – Lei nº. 4.121/62, a mulher recupera a plena capacidade para os atos da vida civil. Além disso, passa a ter a propriedade exclusiva dos bens adquiridos pelo fruto do seu trabalho, são os chamados bens reservados.

A Emenda Constitucional nº. 09 e a Lei nº. 6515/77, instituíram o divórcio, com isso há a possibilidade da dissolução do casamento.

A Constituição Federal, em seus arts. 226, 227 e 229 estabelece como direito fundamental a família, devendo ser assegurado com absoluta prioridade a criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. A lei reguladora dessa norma constitucional é a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e atualmente a Lei nº. 11.698/08.

Entende a maioria dos doutrinadores que a aplicabilidade da guarda compartilhada é uma solução dos conflitos entre pais separados, como por exemplo a síndrome da alienação parental. Com o fim de um relacionamento amoroso entre um homem e uma mulher que tiveram filhos deve-se atentar para o fato de quem terá o direito do convívio e criação dos filhos menores.

Há controvérsia sobre a melhor forma para preservação da convivência familiar em caso de separação ou divórcio, ou seja, deve ser imposta a guarda unilateral ou a guarda conjunta. O senso comum entre juízes, promotores, defensores e advogados sempre foi a guarda unilateral, sendo a guardiã responsável a mãe, diante do enraizamento cultural e social.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é demonstrar a importância e o caráter legal desse instituto, com vistas a harmonizar sua aplicação com os ditames da Carta Magna, no que tange a igualdade constitucional entre homens e mulheres e a busca do melhor interesse da criança e do adolescente que deve ser exercido com absoluta prioridade.

Por sua vez, cabe ressaltar que são poucas as obras jurídicas que analisam os pontos mais importantes da guarda compartilhada, razão pela qual a pesquisa empreendida se reveste de um caráter exploratório e inovador.

A importância desse artigo justifica-se para melhor compreensão da problemática entre pais e filhos quando não há mais vida conjugal sadia entre os cônjuges, restando aos filhos a imposição sem qualquer escolha de residir com apenas um dos genitores. A metodologia utilizada será a qualitativa parcialmente exploratória.

Assim, o presente artigo aborda, inicialmente, o conceito de guarda compartilhada, para então definir a extensão da síndrome da alienação parental. Em seguida, há uma análise da Lei nº. 8.069/90 e Lei nº. 11.698/08 em conjunto com a Constituição Federal e com o Código Civil/02, no que tange ao poder familiar e ao direito da criança e do adolescente.

2- A ORIGEM DA GUARDA COMPARTILHADA

Antes da Lei nº. 11.698/08 a ,guarda compartilhada já vinha sendo aplicada através do poder discricionário do magistrado, com base no melhor interesse da criança. Possuía, como finalidade, assegurar o bem-estar e a convivência familiar. No direito de família, houve grandes mudanças, passando-se de uma sociedade patriarcal para uma sociedade que valorizasse o afeto, carinho e o amor.

No século XVIII, a família tradicional possuía como fundamento assegurar a transmissão da vida, dos bens e dos nomes. Os casamentos eram arranjados, sem qualquer amor.

O Código Civil de 1916 previa que só a família fundada no casamento era reconhecida e protegida pelo Estado. Não havia previsão da dissolução do casamento e, sim o desquite, devendo os filhos permanecerem sob a guarda do cônjuge inocente, uma vez que a culpa servia como critério para determinar a guarda. O homem era o chefe e provedor da família cabendo-lhe o sustento da prole e a mulher responsável pela criação dos filhos e organização da casa. A mulher era proibida de opinar sobre a criação e educação dos filhos. O Estado só intervinha quando os pais cometiam algum ato ilícito que caracterizasse a suspensão ou a destituição do poder familiar. Prevalcia a autonomia privada.

No século XIX e início do século XX, surge a família harmoniosa em que há possibilidade de escolha do seu parceiro. Há a reconfiguração da posição social da mulher,

pois ambos, homem e mulher, contribuem para o sustento da família e dividem os cuidados com os filhos. A mulher que antes apenas cuidava da prole e da casa busca sua independência com o trabalho. Logo, a função de cuidar dos filhos passa a ser dos pais e não mais única e exclusivamente da mãe.

A Constituição Federal de 1988 menciona que o estado pode intervir na relação do poder familiar para evitar abusos dos pais e contribuir para que as desavenças sejam minimizadas em prol da criança para garantir o direito fundamental à convivência familiar com ambos os pais. A Lei Maior concedeu isonomia entre homem e mulher, conforme artigo 5, inciso I da CF/88. Impõe, ao Estado, o dever de assegurar proteção à família, artigo 226, parágrafo 8º, sendo também dever da sociedade e dos pais. A intervenção do Estado é necessária para amenizar os litígios entre os pais em prol de um objetivo comum que é o convívio e a criação dos filhos, que passaram a ser sujeito de direitos.

Na Lei Maior, prevaleceu os aspectos pessoais como a dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º, inciso III, a proteção integral da criança em desenvolvimento que passam a serem tratadas como sujeito de direitos, artigo 227, direitos iguais para todos os filhos, artigo 227, parágrafo 6º e igualdade entre homens e mulheres, artigo 5º, inciso I, todos da CF/88.

No Código Civil de 2002, artigo 1.631, caput e parágrafo único e Lei nº 8.069/90 artigo 21, verifica-se que a competência do poder familiar é dos pais em igualdade de condições. Há a possibilidade em caso de discordância recorrer ao juiz que deverá solucionar o conflito. Tal poder é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo as obrigações que decorrem dele personalíssima. Atualmente, há o caráter público em que o Estado pode intervir para regulamentar o poder familiar.

Sob esse enfoque: “solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC art. 1632). O exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros.” (DIAS, 2009, p. 386).

Importante mencionar os artigos. 1.567, 1.579, 1.588, 1.632 e 1.689 ao 1.693, todos do CC/02, em que se ressalta a direção da sociedade conjugal sendo exercida por ambos os pais, não possuindo o divórcio, a separação ou a dissolução da união estável obstáculo para o exercício do poder familiar, além do que mesmo que um deles se case novamente não há que se falar na perda dos filhos.

Entretanto, até agosto de 2008, o Poder Judiciário através de seus órgãos ainda decidia com base na família do CC/16, no qual ao pai era determinado o pagamento de pensão e o direito de visitas quinzenais e a mãe possuía a guarda unilateral dos filhos.

Com o advento da Lei nº. 11.698 de 13 de junho de 2008 com entrada em vigor após sessenta dias, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Surge a guarda compartilhada, no qual há contribuição por ambos os pais para criação e educação dos filhos, visando ao bem estar deles. Cabe salientar que tal modelo só é possível quando os pais residem próximos, uma vez que a criança não deve mudar seus hábitos escolares, nem seu lazer.

No direito comparado passou a vigorar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – Decreto Legislativo nº. 28 de 14 de setembro de 1990 e Decreto nº. 99.710 de 21 de novembro de 1990, em seu art. 9º, no qual dispôs o direito dos menores de serem educados por ambos os pais, traduzindo uma validação social para o exercício da relação parental, mesmo quando ocorresse a dissolução conjugal. Toda criança tem o direito de crescer no vínculo familiar em que nasceu e também de ser cuidada por seus pais. Além do decreto, deve-se elencar a declaração de Genebra de 1924, a declaração dos Direitos da Criança e as regras Mínimas da ONU para Administração da justiça de Menores – Beijing Rules.

3- PRINCÍPIOS INERENTES À GUARDA COMPARTILHADA

3.1- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Primeiramente, deve-se observar o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, inciso III da CF/88. Tal princípio é o fundamento do Estado Democrático de Direito, consagrando os direitos humanos e a justiça social. A Constituição de 1988, ao elencar o princípio em questão como fundamento da ordem jurídica, elevou, despatrimonializou e personificou os institutos jurídicos colocando o ser humano como centro das ações estatais e restringindo a atuação do Estado. Logo, deve haver isonomia entre as entidades familiares para preservar e desenvolver o afeto, a confiança e a solidariedade. Com isso, haverá o desenvolvimento da entidade familiar solidária.

3.2- PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

O princípio da proteção integral a criança e ao adolescente encontra seu fundamento legal no artigo 227 da CF/88, no qual menciona a prioridade absoluta e o tratamento igualitário entre os filhos independentes de ser fruto de uma relação conjugal ou não. Para tanto, busca-se o fortalecimento dos vínculos familiares assegurando o direito à vida, à saúde, ao respeito, à convivência familiar e comunitária.

3.3- PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Por fim o princípio da afetividade no qual se verifica a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos. Um dos exemplos mais efetivos de tal princípio é o instituto da adoção, no qual há uma escolha do adotante possuindo uma relação ínsita com a afetividade. Também deve-se observar o afeto quando há a posse do estado de filho. Neste caso, há a prova de filiação perante a sociedade através de três requisitos: nome (possui o mesmo sobrenome do pai), trato (é tratado perante a família e a sociedade como se fosse filho) e fama (todos o conhecem como filho de determinada pessoa).

4- GUARDA COMPARTILHADA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A análise do instituto da guarda compartilhada merece atenção para que se possa estabelecer a melhor forma de solução de quem deve permanecer com os filhos após a dissolução conjugal. No ordenamento jurídico brasileiro, após a separação ou o divórcio, tanto o pai quanto a mãe continuam detentores do poder familiar, porém há necessidade de ser estabelecida a responsabilidade sobre a guarda dos filhos. É neste momento que surgem as

desavenças. Diante do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 alterado pela Lei nº. 11.698/08 a guarda compartilhada poderá ser requerida por consenso ou decretada pelo juiz. Anteriormente, o referido artigo mencionava que a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições para permanecer com a prole.

Compartilhar é partilhar em conjunto a educação e criação dos filhos sob os aspectos da assistência material e moral. A guarda compartilhada é uma medida facilitadora para o desempenho dos papéis parentais, como também assegura à criança a manutenção dos vínculos estáveis com seus pais. Quando há separação, em regra a mãe detém a guarda dos filhos e ao pai resta o direito de visitas. Cabe salientar, que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe como garantia constitucional a igualdade entre homem e mulher, logo o poder familiar deve ser para ambos os detentores e não exclusivamente para mãe.

Ressalta-se que a guarda compartilhada só é viável quando os pais mantêm um bom relacionamento, uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito em que não haja disputas nem conflitos, o que a torna de difícil aplicação.

O vínculo de filiação e o exercício parental não podem depender de critérios de negociação entre os cônjuges, e deve ser assegurado pelo Estado. Deve haver a participação de ambos os pais de forma contínua e igualitária.

Nesse aspecto, deve-se atentar para o entendimento que a guarda compartilhada é um sistema de arranjo familiar que consiste em reconhecer a ambos os pais o direito de tomar as decisões importantes relativas à vida dos filhos menores. Os dois exercem ao mesmo tempo, todas as funções. Não há regra fixa sobre os dias da semana em que a criança deve permanecer, pois não há imposição e sim liberdade. Há o exercício conjunto sobre as decisões relativas a criação e educação dos filhos, distribuindo entre si os atributos e as competências inerente ao exercício do poder familiar, segundo suas distintas funções, seus recursos, suas possibilidades e suas características pessoais.

Há discussão doutrinária em relação ao acordo de guarda feito pelos pais, uma vez que, com o passar do tempo, podem não mais aceitá-lo, trazendo certa insegurança para as relações entre pais e filhos. O ideal era que os pais tivessem os mesmos princípios morais e éticos, porém tal ideal é praticamente impossível gerando dificuldade de ser deferida a guarda compartilhada.

Importante ressaltar que há fixação dos alimentos em sede de guarda compartilhada. As despesas dos filhos são divididas entre os genitores, porém os genitores podem não gozar das mesmas condições patrimoniais, não pode a referida situação dificultar a

convivência harmônica entre pais e filhos. Logo, para que não haja uma desigualdade patrimonial deve ser deferido os alimentos a quem necessite.

Diante do artigo 1.584 e seus incisos todos do Código Civil, verifica-se que a guarda compartilhada pode ser requerida por consenso por um dos pais ou pelos dois em ação autônoma de separação, divórcio, dissolução de união estável ou em medida cautelar de separação de corpos. Também pode ser decretada pelo juiz, independente do consenso dos pais, desde que haja necessidades específicas do filho ou em razão de distribuição de tempo necessário ao convívio deste com seus pais.

Quando decorre do consenso dos pais é necessário submeter a família a um estudo social e psicológico feito por uma equipe interdisciplinar para que se verifique se o acordo é o melhor para a criança. Cabe ressaltar, que mesmo não havendo acordo o artigo 1.584, parágrafo 2º do Código Civil menciona que a guarda compartilhada deve ser aplicada sempre que possível. Caso a guarda compartilhada não seja aplicada, o magistrado deve fundamentar, ainda que não seja requerida pelas partes, pois a lei a determina independentemente de consenso dos pais.

O artigo 1.584, parágrafo 4º do Código Civil determina que a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula referente a guarda poderá reduzir as prerrogativas de seu detentor ou até mesmo reduzir o número de horas de convivência com o seu filho. A doutrina já vem entendendo também a possibilidade de aplicação de multa diária, uma vez que a imposição de multa na Lei nº. 8.069/90 não é mais novidade. Tal assertiva não patrimonializa a relação entre pais e filhos, pois a referida multa será revertida para programas assistenciais.

A lei discrimina o genitor que não detém a guarda, transformando-o em mero visitante quinzenal. Deve o, Estado, através do ordenamento jurídico regulamentar as regras que no caso de filiação e exercício da parentalidade são de ordem pública.

Os direitos e deveres dos pais não se modificam com a separação. Quando o guardião coloca obstáculos ao não guardião, poderá a guarda compartilhada demonstrar para o guardião que ele não é o único que possui o poder familiar. O Estado-juiz ao aplicar a lei deve demonstrar para as partes seus direitos e obrigações.

5- MODALIDADES DE GUARDA

Diante dos artigos 227 e 229 da Lei Maior e dos artigos 1.589 e 1634 do Código Civil, tem-se o poder familiar. Nesse sentido, deve-se atentar para o fato de tal poder ser inerente a ambos os genitores, sendo um instituto paritário de proteção aos filhos. Com base no artigo 1.634, inciso II do Código Civil a guarda é um poder-dever dos pais.

Consiste no conjunto de atribuições que os pais detêm em relação aos filhos para garantir-lhes uma formação com responsabilidade, com base na construção da personalidade e na preservação da dignidade da pessoa humana, sendo o princípio constitucional basilar para o tema em questão. Neste caso, os pais possuem autoridade parental e o poder para decidir sobre a vida de seus filhos, diante de escolhas responsáveis com proteção e amparo material e moral.

Cabe salientar, que o poder familiar só será exercido com exclusividade por apenas um dos genitores quando ocorrer falecimento, ausência, suspensão ou destituição, conforme artigos 1.631, 1.635 e 1.638 todos do Código Civil. Entretanto, se for caso de divergência entre os pais quanto ao exercício do poder familiar é possível buscar o Poder Judiciário para solucionar o desacordo, com base no artigo 1631, parágrafo único do Código Civil.

Observa-se que não há alteração do poder familiar quando há a separação ou o divórcio. Não há a modificação dos direitos e deveres legais do pai e da mãe em relação aos filhos. O que se altera é a convivência entre eles, uma vez que haverá a concessão da guarda para um deles e a visitação para o outro, caso não haja o acordo quanto a guarda compartilhada.

A guarda deve ser observada por dois prismas: guarda autônoma, sendo forma de colocação em família substituta, artigos 33 a 35 da Lei nº. 8.069/90, ou seja, é a guarda entregue a terceiros, como forma de assegurar a convivência familiar. O segundo prisma a ser observado é a guarda atributo do poder familiar, na qual os pais se separam e há fixação da guarda, com base na assistência financeira, moral e afetiva.

Cabe salientar, que na guarda sempre é possível sua revogação o que difere da adoção por ser irrevogável. Na primeira a sentença faz coisa julgada, porém enquanto perdurar as questões suscitadas.

Com o casamento ou a união estável em que se tenha filhos tem-se a guarda comum ou originária, sendo uma forma natural, em que ambos os cônjuges exercem plenamente o poder familiar, de acordo com o artigo 21 da Lei nº. 8.069/90.

Com a quebra do vínculo familiar, surge a guarda judicial, na qual será deferida conforme a regra do melhor interesse da criança, podendo o magistrado seguir cinco caminhos: optar pela guarda única, compartilhada, alternada, dividida ou nidação.

5.1- GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral ou exclusiva ou única ou monoparental está prevista no artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil. É conferida somente para um dos pais. O outro terá o direito a visitação, como forma de assegurar a convivência do filho com o visitante. Surge um problema: o pai quer visitar e a mãe não deixa. Neste caso, deve-se conceder a busca e apreensão da criança, pois a mãe só pode restringir a visitação quando há situação de risco. Mesmo nessa possibilidade ela deve ir a juízo para que este modifique a decisão de visitação, ou seja, não pode restringir livremente o pai de visitar seu filho. Outro caso verificado é o pai que não visita o filho mesmo tendo cláusula de visitação. Neste último exemplo há possibilidade de fixação de multa diária.

Diante do artigo 1.583, parágrafo 2º e 3º do CC/02, verifica-se que quem detém esse tipo de guarda é o genitor que revele melhores condições para exercê-la e mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: afeto, saúde, segurança e educação. Porém, o guardião que não detenha a guarda poderá supervisionar e fiscalizar os interesses dos filhos. Várias pesquisas realizadas comprovam que as mães guardiãs são responsáveis pela educação e cuidados com a criança, possuindo plenos poderes para tanto.

Tradicionalmente, convive-se com este tipo de guarda, sendo a mais utilizada tanto na forma consensual como judicialmente. Nesta a responsabilidade direta pelos filhos é de apenas um dos pais, sendo previamente estabelecida para aquele que detém a guarda a escolha de qual o colégio, o esporte ou o curso de inglês que os filhos devem estudar ou frequentar. Em regra, cabe ao outro genitor não guardião a guarda indireta, a responsabilidade pelo pagamento da pensão e o direito de visitação com dias, horários e condições pré-

estabelecidos. Também, cabe a ele o poder de fiscalização sobre quem detém a guarda, conforme artigo 1583, parágrafo 3º do Código Civil, deixando o guardião de ter um poder absoluto.

Tal guarda está cada vez mais perdendo espaço para a guarda compartilhada, pois o genitor não guardião não participa plenamente do desenvolvimento do filho. Além disso, gera desigualdade entre os pais, como também não tutela o melhor interesse da criança, uma vez que reduz a frequência e a intensidade das relações afetivas, pois aquele que não dispõe da guarda passa a ter contato com a prole reduzido a visitas esporádicas.

5.2- GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada tanto a jurídica como a material é atribuída aos dois genitores, mas há divisão de obrigações e de tempo entre os pais, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais.

Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio da continuidade, que deve ser respeitado em consonância com o bem-estar físico e mental da criança.. Logo, é a divisão estrita de horas e de tarefas que a criança passa com cada genitor. Durante os dias que a criança fica com determinado guardião é ele que decide tudo sobre a vida do filho. A decisão não é de ambos e sim daquele que está na guarda. Nesse caso, cada um dos pais detém a guarda do filho alternadamente e exclusivamente dentro de um lapso temporal.

A doutrina critica tal guarda, uma vez que prejudica a continuidade do lar e Do bem estar da criança, pois haverá instabilidade emocional e psíquica, prejudicando a formação de sua personalidade. Também merece informar a diferença que se faz quanto a guarda compartilhada, uma vez que esta possui uma divisão mais equilibrada do tempo que cada pai passa com o filho e garante a participação conjunta dos genitores na educação da prole, garantindo o melhor interesse da criança e igualdade entre os genitores.

5.3- GUARDA DIVIDIDA

A guarda dividida tem como base a residência fixa da criança e o genitor não guardião a visita em dia e hora previamente estabelecido. Também é criticada pela doutrina, uma vez que propicia o afastamento entre pais e filhos destruindo o relacionamento entre eles de forma gradual. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação na vida de seus filhos.

5.4- ANINHAMENTO

O aninhamento ou nidação é aquele em que os pais se revezam e mudam-se para casa na qual a criança reside, ou seja, cada pai possui sua própria residência e eles que visitam seu filho que também possui sua residência. Tal forma é pouco utilizada na prática.

6- DIREITO DE VISITA

O direito de visita é utilizado no caso de ser deferida a guarda unilateral, mas não pode ser confundido com a guarda compartilhada, uma vez que nesta os dois genitores possuem o exercício do poder familiar de forma conjunta.

No caso em questão, o genitor que não detém a guarda possui o direito de visitação dos filhos e o direito de fiscalização que são consagrados na petição inicial da separação consensual, conforme artigos. 1.583, parágrafo 3º, 1.589 do Código Civil e artigo 1.121, inciso II e parágrafo 2º do Código de Processo Civil.

Mesmo tendo perdido sua força perante o novo instituto da guarda compartilhada, ainda é deferido pelos magistrados. Cabe ressaltar que é direito da

personalidade e princípio do direito de família o direito ao afeto, pois a criança não pode ser prejudicada face a separação dos pais.

O direito de visitas gera uma obrigação de fazer, uma vez que é um dos deveres inerentes ao poder familiar podendo ser caracterizado como abandono o não guardião que deixa de visitar seu filho, sendo possível a aplicação de multa diária.

7- DANO AFETIVO

De acordo com o artigo 1.634, incisos I e II do Código Civil um dos deveres do exercício do poder familiar é o de criação, educação e guarda. Diante do artigo 1.632 do Código Civil, verifica-se que a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos.

Nesse sentido, a doutrina passou a admitir a paternidade ou maternidade responsável, uma vez que a convivência dos filhos com os pais não se trata mais de um direito, e sim de uma obrigação.

Tal afirmativa vem a consagrar a proteção integral da criança e do adolescente, pois o distanciamento entre pais e filhos produz inúmeros problemas emocionais e psicológicos, produzindo danos emocionais que podem ser pleiteadas reparações indenizatórias.

A doutrina e a jurisprudência possuem posição controvertida na questão do dano moral em face do pai que não visita seu filho causando-lhe dor e sofrimento, ou seja, abandonando-o moralmente.

Observa-se a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que concedeu indenização por dano moral no valor de duzentos salários mínimos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da afetividade pela dor sofrida pelo filho em virtude do abandono paterno. Além disso, consagrou-se a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade. (TAMG, 7ª Câmara Cível, AC 408.550-5, Relator Dr. Unias Silva em 01.04.2004).

Para os que defendem a indenização por abandono afetivo o entendimento é no sentido de que não se trata de dar preço ao amor, nem de compensar a dor, mas sim de

alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho para que ele cesse a sua conduta.

O Superior Tribunal de Justiça (REsp 757411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, quarta turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006 p. 299), reformou a decisão não possibilitando a indenização pelo dano moral, pois esta deve ter como pressuposto a prática do ato ilícito, conforme artigos 186 e 927 do Código Civil, sendo o abandono afetivo incapaz de reparação pecuniária.

O acórdão mencionou que admitir tal indenização afastará ainda mais o pai do filho. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido pelo amor paterno. Ademais, tal deferimento não atenderia a questões financeiras, uma vez que já amparadas pela pensão alimentícia. Além disso, não cabe ao Poder Judiciário obrigar alguém a amar o outro ou a manter um relacionamento afetivo, sendo assim, inexistente a possibilidade de indenização por dano moral pelo abandono afetivo.

Cabe salientar que houve recurso ao Supremo Tribunal Federal, mas ainda não há decisão.

8- A ORIGEM DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Surgiu nos EUA, por volta de 1985, pelo estudo do professor da clínica psiquiátrica infantil da Universidade de Columbia Dr. Richard Gardner. Era conhecida como *SAID – sexual allegations in divorce* – alegações falsas de abuso sexual nos processos de divórcio. Após foi difundida na Europa pelas contribuições de F. Podevyn, em 2001. No Brasil o tema surge por volta de 2005 no núcleo de psicologia das Varas de Família, sendo a matéria ligada a psicologia e ao direito, devendo tais matérias se unirem para compreensão do fenômeno emocional.

No início do século XIX, difundiu-se nos EUA a doutrina dos anos tenros. Tal doutrina se fundamentava na presunção jurídica da concessão da guarda da criança a mãe nos casos de divórcio ou separação, uma vez que a mãe era a figura ideal e perfeita para cuidar dos filhos. Deve-se atentar ao fato que este entendimento viola direitos e garantias fundamentais constitucionais, como o princípio da isonomia entre homem e mulher, insculpido no artigo 5, inciso I da CF/88.

Após diversas críticas nasce o entendimento da doutrina do melhor interesse da criança, possibilitando aos pais a isonomia entre a escolha de quem deverá ficar com os filhos.

9- A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A síndrome da alienação parental também chamada de síndrome dos órfãos de pais vivos, síndrome do afastamento parental, implantação de falsas memórias ou tirania do guardião é o efeito psicológico do processo que consiste em manter os filhos afastados do convívio do genitor não guardião. Portanto, programa-se uma criança para que odeie o genitor não guardião sem qualquer justificativa, gerando transtornos como depressão crônica, falsa identidade e imagem, sentimento de isolamento e falta de organização.

Caracteriza-se pelo elevado número de separações e divórcios. O mito da família feliz e do amor eterno acabam e sobram apenas mágoas, ressentimentos e o desejo de vingança. Geralmente ocorrem brigas exarcebadas na frente do filho, críticas ao outro genitor, chantagens emocionais, como por exemplo a mãe que atende ao telefone do pai que quer falar com seu filho, mas ela fala que ele não pode atender.

Nesse sentido: “O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito.” DIAS (2009, p. 418).

Trata-se de um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas ou comportamentos pelos os quais o genitor-manipulador transforma a consciência dos filhos por diferentes formas e estratégias com o objetivo de destruir ou impedir as visitas e em consequência o vínculo com o outro genitor. Porém, não há qualquer motivo real que justifiquem tal atuação. Logo, a criança desmoraliza o genitor não guardião o avaliando de forma errônea.

Na maioria das vezes os filhos ficam com a mãe e ao pai resta apenas o direito de visitas quinzenais. Neste momento, a mulher que se sente traída e abandonada entende que ela possui o direito exclusivo sobre a prole e compensa a perda do parceiro com o

impedimento dele conviver com os filhos, quando há afastamento progressivo do genitor que não detém a guarda.

Em muitas separações e divórcios os filhos são usados como verdadeiras armas de vingança. As crianças sofrem uma lavagem cerebral e acabam por não aceitar o contato com o genitor não guardião. Geralmente, são os pais que sofrem com a síndrome, sendo acusados pela mãe de desequilibrados, agressivos ou de abuso sexual, como forma de afastamento e de destituir o vínculo com o ex cônjuge não convivente. Sendo assim, a mãe consegue que o pai não participe da vida do filho.

A separação dos pais fragiliza o filho que fica com sentimento de orfandade psicológica. Com isso, a mãe se aproveita para idealizar que ele foi abandonado e que o pai não o ama. Cria fatos que não ocorreram na vida real fazendo com que o filho odeie o pai pela incidência de fatos falsos, pois passa a acreditar que o fato realmente aconteceu.

Corroborando para tal entendimento, “No meio do conflito decorrente da ruptura conjugal, encontra-se o filho, que passa a ser utilizado como instrumento da agressividade – sendo induzido a odiar o outro genitor.” DIAS (2009, p. 418)

Os efeitos comuns são a ansiedade, o medo, a insegurança, o isolamento, a depressão, as dificuldades escolares, a dupla personalidade, entre outros. Portanto é necessário tratamento especial e intervenção imediata.

As conseqüências são verificadas quando a criança torna-se adolescente e verifica que cometeu uma injustiça perante o genitor não guardião. Desta feita ele se revolta contra o genitor guardião por ter sido manipulado e enganado por diversos anos sem a possibilidade de convivência com o seu genitor. Tais medidas efetuadas durante a fase de desenvolvimento da criança revelará graves danos psíquicos emocionais.

Na maioria dos casos verificados tem-se a mãe que acusa falsamente o pai de abusar sexualmente a filha ou de maus tratos. A filha neste caso é usada como instrumento de vingança da mãe contra o pai. Cabe ao pai se defender da implantação de falsas memórias alegando a excludente da alienação parental, sob pena de responder civil e penalmente. Tal situação é de difícil percepção para os psicólogos e magistrados. É necessário muitos estudos e entrevistas com os filhos com intervenção terapêutica para poder ao final chegar a uma solução justa para o caso, o que em muitas situações não ocorrem.

Observa-se que é necessário modificar a mentalidade do Poder Judiciário e dos operadores do direito. A da guarda compartilhada pode ser uma solução, uma vez que não permite o afastamento entre pais e filhos. Tal percepção deve ocorrer de forma imediata para

que não comprometa o futuro das crianças vítimas das separações litigiosas, no qual um dos genitores procura afastar o filho do outro através da deturpação cerebral.

10- SOLUÇÕES JUDICIAIS PARA A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Anteriormente, com a separação, em regra, as mães tinham a guarda dos filhos e aos pais restava o direito de visita. Atualmente, há valoração da filiação afetiva com a guarda conjunta, flexibilização de horários e intensificação de visitas. Em alguns casos, a ruptura da vida conjugal gera na mãe um sentimento de abandono, de rejeição, de traição surgindo o desejo de vingança de afastar o filho do pai.

Tais situações são de difícil resolução dependendo de estudos e profissionais adequados para verificar se há realmente o abuso ou os maus-tratos ou se há uma conduta da mãe em afastar o filho do pai de forma definitiva.

De acordo com o artigo 1.637 do Código Civil, cabe ao magistrado, no caso de abuso da autoridade dos pais ou ausência dos deveres a eles inerentes, adotar a medida que demonstre segurança a criança, podendo ainda, suspender o poder familiar se assim achar conveniente. Sendo assim, se um dos pais inviabiliza ou dificulta o contato com o filho exerce o abuso do poder parental, desrespeita os direitos da personalidade e viola a convivência familiar que são garantias constitucionais da criança.

Conforme artigo 1.634 do Código Civil, verifica-se os deveres inerentes aos pais, como por exemplo, criação, educação e guarda dos filhos.

Diante do artigo 1.638 do Código Civil, tem-se a perda do poder familiar através de ato judicial quando castigar imoderadamente o filho, abandoná-lo, faltar com os deveres previstos no artigo 1.634 do CC/02, reiteradamente, entre outros.

Com base na Lei nº. 8.069/90, em seu artigo 129, incisos VIII e X c/c artigos 23 e 24, observam-se as medidas aplicáveis aos pais como a perda da guarda e a suspensão ou destituição do poder familiar, este último deve ser decretado judicialmente. A mesma situação ocorre no artigo 22 da referida lei no que tange ao descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

Observa-se que o artigo 249 da Lei nº. 8.069/90 impõe infração administrativa para aquele que descumpra de forma dolosa ou culposa os deveres inerentes ao poder familiar.

Importante se faz verificar os artigos 3º e 4º da Lei nº. 8.069/90, nos quais demonstram que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais, além da doutrina da proteção integral da criança em desenvolvimento, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com absoluta prioridade a efetivação de tais direitos.

O artigo 213, caput e parágrafo 2º da Lei nº. 8.069/90 demonstra o poder geral de cautela do juiz para dar efetividade as garantias constitucionais e a proteção dos direitos da criança e do adolescente. Neste caso, é possível ao magistrado nas ações que versem sobre obrigação de fazer ou não fazer conceder a tutela específica ou determinar providências para assegurar o resultado da obrigação pretendida, sendo possível a imposição de multa diária no caso de não cumprimento de ordem judicial. Corroborando com tal entendimento, tem-se o artigo 461, caput e parágrafo 4º, artigos 644 e 645 e artigo 287 todos do Código de Processo Civil.

11- CONCLUSÃO

O grande número de separação, divórcio e dissolução de união estável exigia uma garantia para os filhos dos ex cônjuges que estavam à margem de um desgaste psicológico e emocional sem poder escolher sequer permanecer com ambos os pais. Com o advento da Lei nº. 11.698/08, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, nasce a possibilidade da guarda compartilhada e estabelece a convivência familiar após a dissolução do vínculo conjugal de forma harmoniosa.

Com isso, surge a solução para a síndrome da alienação parental que criava situações em que o guardião dificultava ou impedia a visitação através da implantação de falsas memórias levando o filho a rejeitar ou odiar o não guardião.

Atualmente, a guarda compartilhada tem como finalidade reduzir os traumas decorrentes do rompimento conjugal e quebra do convívio familiar, permitindo aos filhos o contato com ambos os genitores que continuam a dividir a responsabilidade pela sua

formação através do poder familiar que não termina com o fim do casamento ou da união estável.

A Síndrome da Alienação Parental, sendo uma forma de abuso prejudicial à saúde emocional e ao desenvolvimento da criança, terá suas ocorrências minimizadas e as crises de lealdade dos filhos com relação aos pais desaparecem. Para tanto, é preciso que se aplique as leis e se faça justiça às crianças órfãs de pais vivos, uma vez que deixar um filho sob a guarda absoluta de uma genitora deve ser configurado como abuso ou falta do poder familiar.

Dessa forma, a guarda compartilhada caracteriza-se como um mecanismo jurídico no qual os filhos de pais separados continuam sob a tutela de ambos os pais, que decidem conjuntamente sobre pontos importantes na criação e educação de seus filhos, visando à manutenção das relações anteriores e posteriores à separação. Possui um modelo mais compatível com princípios constitucionais, principalmente o da isonomia e o da proteção ao melhor interesse do menor, devendo ser incentivada pelos operadores do Direito, haja vista a possibilidade de preservação da convivência familiar e dos laços afetivos, além de configurar como uma forma jurídica de combate à Síndrome da Alienação Parental.

Espera-se que o conceito de guarda compartilhada, bem como o contexto e sua finalidade, tenha sido esclarecido neste artigo de modo que não seja confundida com outros modelos de guarda como por exemplo, a unilateral, a alternada, a dividida ou o aninhamento.

Por fim, entende-se que os juízes não devem impor ou forçar a adoção da guarda conjunta, mas, no papel de mediadores e conciliadores, podem recomendar e sugerir, sempre que possível, aos pais, a fim de que se evitem os prejuízos decorrentes das desavenças e conflitos na criação e formação dos filhos. Não se propõe a observância da garantia da isonomia constitucional entre homens e mulheres, e sim o direito fundamental da criança e do adolescente a proteção integral com absoluta prioridade com o fim de se garantir o pleno desenvolvimento afetivo e psicológico.

As idéias propostas no presente estudo pretendem contribuir para o debate sobre esse tema tão importante e tão atual, chamando a atenção para a necessidade de se modificar a visão da guarda e seus desmembramentos, que precisa ser consagrada como ferramenta no combate a síndrome da alienação parental.

REFERÊNCIAS

APASE. *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, D.O.U. 16.7.1990.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, D.O.U. 11.1.2002.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda Compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: APASE. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 53-69.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-50.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A Guarda dos Filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito*. 2. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do Judiciário*. In: APASE. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 73-86.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em: 30 de maio de 2009.

NAZARETH, Eliana (Org.). Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada – contribuições da Psicanálise ao Direito de Família. In: _____. *Direito de Família e Ciências Humanas*. Cadernos de Estudos nº 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

_____. Guarda compartilhada e mediação familiar: a importância da convivência. In: APASE. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 89-95.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. BARRETO, V. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. Guarda Compartilhada, comentários à Lei nº. 11.698/08. 1 ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

RODRIGUES, Décio Luiz Jose. *Guarda Compartilhada*. 1. ed. São Paulo: Imperium, 2009.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. O abuso de direito no exercício do poder familiar. In: APASE. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 33-50.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em : 22 de abril de 2009.

_____. *Lei nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L11698.htm>>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/verConstituicaoCompleta.asp>>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais*. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.br/>>. Acesso em: 30 de maio de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina*. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 22 de abril de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/index.php>>. Acesso em: 30 de maio de 2009.