



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
ISADORA MARIN FRAGA

**ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO CÔNJUGE
OU COMPANHEIRO DE UM DOS GENITORES**

Tubarão
2017

ISADORA MARIN FRAGA

**ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO CÔNJUGE
OU COMPANHEIRO DE UM DOS GENITORES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc

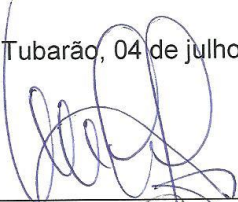
Tubarão
2017

ISADORA MARIN FRAGA

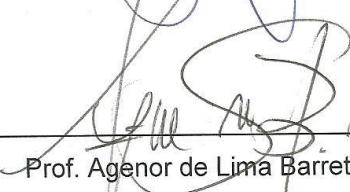
**ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO CÔNJUGE
OU COMPANHEIRO DE UM DOS GENITORES**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

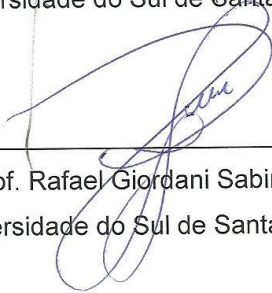
Tubarão, 04 de julho de 2017.



Profa. e orientadora Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Agenor de Lima Barreto, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Rafael Giordani Sabino Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais que, com muito amor, apoio e incentivo incondicional, nunca mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela onipresença constante em minha jornada, pois sem Ele nada disso seria possível.

Aos meus pais, Luiz e Alzirangela, pelo incentivo de toda a vida pelos estudos, além do amor, carinho, apoio e dedicação, fundamentais na construção do meu caráter e pela colaboração em todos os momentos de minha vida.

Aos meus dindos e prima, Jairo, Maria Helena e Ana Carolina, que me acolheram em Tubarão em toda minha jornada acadêmica e que foram importantes para meu crescimento pessoal e acadêmico, muito obrigada por todo apoio, carinho e atenção que tiveram comigo nesta etapa importante.

Agradeço ainda a todas as minhas amigas, em especial Sthefane, Camila, Vitória, Nicole e Tainan, por todo auxílio e paciência no decorrer da minha experiência acadêmica, bem como durante o desenvolvimento deste estudo.

Por fim, agradeço à minha orientadora, Maria Nilta pelos ensinamentos transmitidos, pela paciência e confiança em mim depositada durante o desenvolvimento deste estudo.

Sem vocês, nada disso seria possível. Muito obrigada!

RESUMO

A presente monografia tem como tema a alienação parental praticada pelo cônjuge ou companheiro de um dos genitores. Tem como objetivo analisar se pode denominar alienação parental, quando esta é praticada pelo cônjuge ou companheiro de um dos genitores. Buscando elucidar esta questão, foi realizada uma pesquisa bibliográfica nas doutrinas e na legislação acerca da alienação parental e síndrome da alienação parental. Após os levantamentos realizados, no presente trabalho será apresentado um breve levantamento do conceito de família ao longo do tempo, buscando conceituá-la de acordo com os dias atuais e sua função social. Posteriormente, conceitua-se o instituto da guarda, apresentando suas modalidades, discorrendo, ainda, sobre o poder familiar e os deveres a ele inerentes. Adentrando no tema central da presente monografia, conceitua-se alienação parental, demonstrando as condutas típicas do alienador e as características da criança que sofre da síndrome da alienação parental. Sob a ótica da Lei da Alienação Parental, apresentam-se as sanções e medidas aplicáveis ao agente alienador. Faz-se, ainda, uma análise da jurisprudência análoga ao tema, buscando julgados que demonstrem a alienação parental praticada pelo cônjuge ou companheiro do genitor, bem como, quais as medidas tomadas para coibir tal prática. Através de todo estudo, fica demonstrado que o agente alienador pode ser qualquer pessoa que exerça relação de poder sobre a criança ou adolescente, desta forma que a alienação por parte do companheiro ou cônjuge do genitor pode ocorrer, muitas vezes contando com a participação do genitor, seja de forma ativa ou através de sua omissão em coibir essa conduta por parte de seu cônjuge ou companheiro.

Palavras-chave: Aspectos psicológicos. Direito de família. Guarda compartilhada. Pais e filhos. Síndrome de alienação parental.

ABSTRACT

This monograph has as theme parental alienation practice by the spouse or partner of one of the parents. Has as objective analyze if we can call parental alienation when is done by the spouse or partner of one of the parents. Seeking to elucidate this point, it was done a bibliography research in doctrines and in the law about parental alienation and parental alienation syndrome. After some surveys, this study will present a brief surveys about family concept during de history, looking to conceptualize according to the present days and it's social function. After, will be conceptualize the guard institute, showing it's genre, and about family power and inherent duties. In the theme about this monograph, conceptualize parental alienation, showing the typical behavior os the alienator e the characteristics from the child that suffers the parental alienation syndrome. By the view of the Parental Alienation Law, there are sanctions and measures that are applicable to the alienator. It is made an analysis about the jurisprudence analogous to the casing-low, looking for trieds that show parental alienation practice by the spouse or partner of one of the parents, as well as the measures that are applicable to end the practice. Through all this study, it proofs that the alienator agent can be any person that has power over the child or teenager, this way the alienation practice by the spouse or partner of one of the parents can happen, many time counting on the partner, either actively or by the omission in restrain this behavior by is spouse or partner.

Keywords: Psychological aspects. Family right. Shared guard. Parents and child. Parental alienation syndrome

LISTA DE SIGLAS

AI – Agravo de Instrumento
AP – Alienação Parental
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CP – Código Penal
DF – Distrito Federal
DJE – Diário de Justiça Eletrônico
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
RJ – Rio de Janeiro
RS – Rio Grande do Sul
SAP – Síndrome da Alienação Parental
SC – Santa Catarina
SP – São Paulo
TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 ORIGEM DA FAMÍLIA.....	11
2.1 INTRODUÇÃO CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA.....	12
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	14
2.2.1 Da dignidade humana.....	15
2.2.2 Da liberdade e igualdade.....	16
2.2.3 Da solidariedade familiar.....	17
2.2.4 Do planejamento familiar.....	18
2.2.5 Da afetividade.....	18
2.3 FUNÇÕES DA FAMÍLIA.....	19
3 PODER FAMILIAR	21
3.1 RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR.....	25
3.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	29
3.3 CONCEITO DE GUARDA.....	31
3.3.1 Guarda unilateral.....	33
3.3.2 Guarda alternada.....	34
3.3.3 Guarda compartilhada.....	34
3.4 DIREITO DE VISITAS.....	35
4 ALIENAÇÃO PARENTAL.....	38
4.1 CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL.....	38
4.2 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.....	42
4.3 ELEMENTOS PARA IDENTIFICAÇÃO DO ALIENADOR.....	43
4.4 QUEM PODE PRATICAR ALIENAÇÃO PARENTAL.....	46
4.5 CRIANÇA ALIENADA.....	47
4.6 MEDIDAS PROTETIVAS E SANÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL...	48
5 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O instituto familiar pode ter importância e significados diferentes para várias pessoas tendo em vista que os parâmetros sociais estão em constante transformação.

A família é uma das bases da sociedade e, conforme a própria sociedade na qual está inserida sofreu transformações no decorrer da história, adaptando-se, mudando seus valores, conceitos e principalmente seus princípios. O conceito de família se altera não somente pela ação do tempo, mas também muda de país para país, em consequência da diversidade cultural encontrada em cada lugar.

A família formada através do casamento ou através da união estável entre um homem e uma mulher é o exemplo mais comum de entidade familiar atualmente conhecida. Porém, com o passar dos anos foram surgindo novas formas constituição familiar, como por exemplo, as famílias que não tem os pais em sua composição, formadas por filhos advindos de casamentos anteriores, com padrastos, madrastas e também constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Nesse novo contexto de família, muitos são os casos onde os genitores não mantêm a sociedade conjugal, seja por terem se separado ou por nunca terem estabelecido essa sociedade. Apesar disso, a relação entre pais e filhos não deve ser alterada, devendo haver harmonia entre os genitores para que possa tomar decisões acerca da situação da criança, com relação à guarda, alimentos, visitas, dentre outras questões inerentes ao poder familiar.

A visita é um direito garantido ao genitor que não possui a guarda do filho, mas, sobretudo constitui um direito da criança ou adolescente. Este direito constitui um dos principais conflitos após a separação dos genitores, o que afeta o genitor que não detém a guarda do filho, tendo em vista que aquele que detém a guarda, muitas vezes dificulta ou impede a visita sem motivo, caracterizando, assim, a alienação parental.

O tema principal da presente monografia é a alienação parental. Através do estudo realizado, busca-se responder o seguinte questionamento: Se caracteriza alienação parental quando praticado pelo companheiro ou cônjuge do genitor?

O objetivo geral desta monografia é analisar se podemos denominar

alienação parental, quando esta é praticada pelo cônjuge ou companheiro de um dos genitores.

A metodologia proposta para o trabalho monográfico, quanto ao seu objetivo, será a do tipo exploratória. Referente ao procedimento na coleta de dados será aplicada a pesquisa do tipo bibliográfica. Por fim, no que diz respeito à abordagem, esta será qualitativa.

Buscando responder ao questionamento proposto, no Capítulo 2 (dois), a fim de situar a pesquisa no seu espaço será apresentada qual a origem da entidade familiar, sua evolução no tempo, seus princípios assegurados como garantia fundamental e sua função social.

No Capítulo 3 (três) será trazido o conceito de poder familiar, apresentando as responsabilidades a ele inerentes, demonstrando que princípio do melhor interesse da criança deve permear as relações familiares. Trará, ainda, o conceito de guarda, discorrendo sobre suas modalidades e sobre o direito de visitas, que deve ser exercido pelo genitor não guardião.

Já no capítulo 4 (quatro), após a conceituação realizada nos capítulos anteriores, será apresentado o tema propriamente dito, discorrendo sobre o conceito de alienação parental, examinando a Lei nº 12.318/10, e sua aplicação para a coibição da alienação. Serão, apresentados os elementos para identificar o alienador e, ao final do capítulo, as medidas protetivas e sanções da alienação parental. Serão apresentadas, ainda, as jurisprudências relacionadas à alienação parental, com o objetivo de conhecer o que dizem os Tribunais sobre esse tema, relativamente novo.

O tema proposto tem relevante importância, pois é preciso conhecer e discutir sobre esse fenômeno, no sentido de compreender e identificar a alienação parental e seus agentes alienantes, como uma forma de amparar o menor que é a vítima das alienações, que podem ser provocadas não somente por seus pais, mas também pelo respectivo companheiro ou cônjuge destes.

2 ORIGEM DA FAMÍLIA

Este capítulo abordará, para compreensão do tema central, o conceito de família, sua origem, funções, evolução de acordo com tempo, surgimento de novas formas de união, abordando, ainda, os princípios constitucionais do direito de famílias.

A família é um instituto de fundamental importância na vida do ser humano, pois interfere diretamente, por meio de seus ensinamentos, na formação da personalidade, do caráter e na orientação de cada indivíduo, independentemente da posição social em que se encontre. Através do direito de família temos o conjunto de princípios e normas de direito público e privado, com o objetivo de regulamentar as relações provenientes de união ou parentesco entre pessoas (LUZ, 2002, p. 28).

A união é um meio de conexão entre os indivíduos, que traz ao indivíduo a sensação de estar completo. Através da inserção no seio familiar serão providas as necessidades emocionais, psicológicas, sociais e religiosas, criando-se princípios que serão levados para toda a vida.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 16, III, preconizou que:

A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado". Portanto, é no âmbito familiar que recebemos cuidados e são construídos os valores religiosos, morais e éticos de cada indivíduo, que são essenciais para uma vida adequada. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Para Luz (2002, p. 28), "é permitido concluir que o objeto do Direito de Família é a união existente entre pessoas de sexo diferente, decorrente ou não do casamento; as relações de pais e filhos e o vínculo de parentesco".

Com muita particularidade Venosa (2013), ressalta o conceito de família:

[...] o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. [...] compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

O conceito é muito próximo da atual ideia do que é família, um ente

pluralizado e bastante complexo, que busca sempre a realização de seus membros, com base no eudemonismo, onde o afeto é a base do vínculo familiar, priorizando o amor e a solidariedade.

Por ser a base da sociedade a família está em constante transformação, acompanhando a evolução histórica do meio em que se encontra, adequando-se aos valores, conceitos e princípios. Vem sofrendo alterações de forma direta e indireta, podendo sofrer mudanças de uma geração para a outra, em razão da diversidade cultural.

A fim de avançar com as transformações do âmbito familiar, observou-se a necessidade do reconhecimento das entidades familiares que surgiam fora do casamento, em razão disso o conceito de família conquistou novas abordagens. Neste caminho, na Constituição Federal de 1988, foi reconhecida a união estável, bem como a família monoparental, afirmando com legitimidade os direitos provenientes dessas relações. No que diz respeito à união estável, foi equiparada ao casamento, portanto, podemos dizer que o legislador se baseou nos critérios provenientes da realidade atual.

Assim, podemos afirmar que a família é um micro universo da sociedade e é através dela que devem ser garantidos todos os direitos para o desenvolvimento do indivíduo.

2.1 INTRODUÇÃO CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA

Conforme dito anteriormente, a família assume novas maneiras de composição, não sendo mais formada apenas mediante o casamento, podendo ser formada também através da união estável, famílias monoparentais e outros tipos de núcleos familiares.

Dessa maneira, quanto ao objetivo do direito de família, consolidado em tutelar o grupo familiar com relação ao interesse do Estado, dispõe o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (CF):

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade

formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...]. (BRASIL, 1988).

Assim, a Constituição Federal superou os princípios clássicos, passando a admitir três formas de famílias, sendo elas: a casamentária, proveniente do casamento, a proveniente da união estável e, por fim, a monoparental, podendo ser constituída por qualquer dos pais e seus filhos.

Uma das maiores missões do Estado é a de resguardar o organismo familiar sobre o qual são construídas as bases da sociedade. A família, ao mesmo tempo em que é uma estrutura pública mantém uma relação privada, tendo em vista que caracteriza o indivíduo como inerente ao vínculo familiar e como parte do meio social. Pelo direito de família se referir a todos os cidadãos, se propaga como parte da vida privada que mais representa às expectativas e mais vulnerável a críticas (DIAS, 2016, p. 35).

Com a evolução de uma sociedade cada vez mais globalizada e com as condutas em constante alteração, as regras, leis e comportamentos são alterados constantemente, para acompanhar as modificações e ultrapassar o modelo tradicional. O novo padrão familiar traz em sua base os princípios da dignidade da pessoa humana, das relações afetivas, da solidariedade, princípios esses resguardados pela Constituição. Sendo assim, o âmbito familiar deve visar o desenvolvimento dos seus membros, sempre em busca do afeto, segundo a concepção eudemonista.

Assevera Diniz (2012, p. 32) sobre as alterações sociais e seus efeitos na família:

Tais alterações foram acolhidas para atender à preservação da coesão familiar e dos valores culturais, acompanhando as evoluções dos costumes, dando-se a família moderna um tratamento legal mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de diálogo entre os cônjuges e companheiros.

Mesmo que o Estado tenha interesse em preservar a família, cabe questionar se ele tem legitimidade para interferir na intimidade e privacidade das pessoas. O Estado deve oferecer assistência adequada, facilitando o desenvolvimento de forma completa de cada membro que compõe o núcleo familiar, preconizando sempre o sentido amplo da família.

Destarte, foi através da Constituição Federal de 1988 que a entidade familiar passou a receber proteção constitucional do Estado, abrangendo não somente as famílias tradicionais, mas também a união estável e a família denominada monoparental, fazendo parte dessa proteção as crianças e os adolescentes, assim como os idosos, como leciona Dias (2016, p. 40):

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família ao emprestar juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares.

Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar também as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Ou seja, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade de procriação.

Neste novo paradigma, o Estado deve oferecer assistência adequada, facilitando o desenvolvimento de forma completa de cada membro que compõe o núcleo familiar, preconizando sempre o sentido amplo da família.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Devido a sua importância, a família recebeu respaldo especial do Estado, tendo em vista sua influência no que diz respeito ao desenvolvimento dos membros que compõem o núcleo familiar. Os princípios constitucionais, nas palavras de Silva (2010, p. 180):

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.

Dias (2016, p. 40) asseverou que “grande parte do direito civil foi parar na Constituição, que enlaçou temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade”. Com base nisso, podemos afirmar que existem princípios gerais que se aplicam ao direito de família, assim como o princípio

da igualdade, dignidade, liberdade, os que proíbem o retrocesso social e a proteção às crianças e adolescentes.

Os princípios do direito de família servem como um norte para a hermenêutica jurídica, conduzindo o trabalho do intérprete da lei juntamente com seus valores e interesses a eles relacionados, servindo como base não só para o legislador, mas também para o juiz na hora de tomar suas decisões.

Cabe destacar alguns dos princípios norteadores do direito de família.

2.2.1 Da dignidade humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante dos princípios, inclusive está prescrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Este princípio norteia os demais princípios do direito de família, como o da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade. Dessa forma, o princípio da dignidade humana assegura, por colocar a pessoa no epicentro da ordem constitucional, faz das relações entre os entes familiares recebedores desse princípio de forma igualitária para que seus membros tenham desenvolvimento e realização.

Dias (2016, p. 49) disserta sobre esse princípio, afirmando que:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo especial 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 nas ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Esse princípio traz como base a igual dignidade a todas as entidades familiares, sendo assim é incorreto dar tratamento diversificado às diversas formas de filiação ou aos diversos tipos de constituição de família, pois é o meio pelo qual o indivíduo conquista e mantém sua dignidade, a fim de alcançar a felicidade.

2.2.2 Da liberdade e igualdade

Os princípios da liberdade e da igualdade foram os primeiros a serem reconhecidos como fundamentais ligados aos direitos humanos, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana. Tem como principal objetivo sistematizar e delimitar as liberdades, consequentemente, garantindo a liberdade individual.

A Constituição Federal assegura direitos e deveres iguais, tanto para o homem quanto para a mulher, pois são iguais em direitos e obrigações, como mostra em seu artigo 5º, inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...] (BRASIL, 1988).

Essa disposição de igualdade de gênero é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações (SILVA, 2010, p. 217). Aqui se determina que, existindo um homem e uma mulher, numa mesma situação, não poderá haver um tratamento diferenciado, sob pena infração constitucional.

No âmbito das relações familiares, a Constituição reforçou o princípio de igualdade no que diz respeito à sociedade conjugal, como se observa no artigo 226, § 5º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]
§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

Esta disposição constitucional refuta um princípio utilizado há séculos atrás, que no direito romano era denominado *pater familias*, onde o homem tinha uma posição familiar bem definida perante a mulher, ou seja, joga por terra a ideia de “cabeça do casal”, cabendo a ambos as responsabilidades nas relações familiares.

Assim, a Constituição, ao instaurar o regime democrático, se preocupou em acabar com as discriminações de qualquer forma, conferindo a

igualdade e liberdade, com especial atenção ao meio familiar. Desta forma, a igualdade, assim como o respeito às diferenças são princípios norteadores do Direito de Família (DIAS, 2016, p. 49).

O artigo 227, § 6º, da Constituição de 1988, tem a redação idêntica aos artigos 1.596 e 1.629 do Código Civil, onde consta que não deve haver distinção entre os filhos, sejam eles legítimos, naturais ou adotivos. É assegurado o reconhecimento dos filhos concebidos fora do casamento, vedando as designações discriminatórias, relativas à filiação. Desta forma, as únicas diferenciações aceitas é o filho matrimonial, não matrimonial reconhecido e não reconhecido (DINIZ, 2012, p. 37).

Nesse sentido, com relação à liberdade e diferenças, cabe ao Estado assegurar de forma efetiva, tratamento igualitário a todos os membros da família, tendo em vista que o conceito de família vem se aprimorando e se modificando conforme a evolução da sociedade.

2.2.3 Da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade diz respeito ao que um deve ao outro. Tem sua origem através dos vínculos afetivos, dispõe de um marcante conteúdo ético, pois contém em sua expressão o significado de solidariedade, que abrange a fraternidade e reciprocidade (DIAS, 2016, p. 51).

Por meio desse princípio a família se rege, pela ação conjunta dos pais na hora de cumprir com seus deveres. Garante ao menor, a partir dos deveres e obrigações, a proteção e acompanhamento, ficando ao encargo dos pais ou responsáveis instruí-los para uma formação profissional e pessoal digna e adequada. Tal formação acontece, principalmente, através da convivência diária no meio familiar.

É dever de ambos os pais a assistência à família, tendo em vista que compartilham direitos e deveres iguais a eles auferidos, conforme a redação dos artigos 1.511 e 1.692 do Código Civil (CC):

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

[...]

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. (BRASIL, 2002).

O Código Civil reconhece o princípio da solidariedade ao prever que o casamento estabelece plena comunhão de vida. Assim como a obrigação alimentar, onde os integrantes da família são reciprocamente credores e devedores de alimentos. Através desta imposição de obrigação com os parentes se caracteriza a concretização do princípio da solidariedade (BRASIL, 2002).

Com isso, é importante ressaltar que mesmo com as garantias patrimoniais, é de fundamental importância que haja afeto e um ambiente psicológico sadio, ficando assegurados, a cada um dos integrantes da família, através do Estado, os direitos constitucionais necessários para sua formação, por meio de procedimentos que reprimam qualquer forma de violência nas relações familiares, alcançando o objetivo da solidariedade no âmbito familiar.

2.2.4 Do planejamento familiar

O artigo 226, §7º, da Constituição Federal, dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar os recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Consequentemente, o planejamento deve ser o princípio norteador de todas as decisões que serão tomadas pelo o núcleo familiar, sendo responsabilidade dos pais, acordarem tudo o que tem relação a sua entidade familiar, pautados nos princípios da liberdade, dignidade.

2.2.5 Da afetividade

Este princípio está diretamente relacionado à estabilidade das relações socioafetivas de cada família, em face das considerações de caráter patrimonial ou biológico. Faz referência ao que une a família, o afeto, já que este é um direito que causa transformações no indivíduo.

O direito ao afeto é inerente ao direito fundamental à felicidade, onde o Estado também deve auxiliar de maneira que as pessoas realizem seus projetos de preferência ou de desejos legítimos. Para isso, o Estado precisa criar meios que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas,

levando em conta o que é importante para o indivíduo e para a comunidade em que ele está inserido (DIAS, 2016, p. 55).

2.3 FUNÇÕES DA FAMÍLIA

A família tem como função social garantir, realizar, efetivar suas ideias, sempre em busca da harmonia e educação moral e social dos membros que a compõem. Sendo assim, além da adaptação às mudanças constantes entre as pessoas, deve preconizar a solução dos mais variados problemas que podem surgir no meio em que vivem, tornando-se imprescindível o cumprimento da função social.

Em importante ponderação, Luz (2002, p. 27) discorre que:

Hoje não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade humana e, em particular, da criança e do adolescente.

Com base nisso, a função social da família é determinada de acordo com suas necessidades sociais, devendo sempre garantir uma boa educação para o crescimento da criança, para que em sua fase adulta consiga exercer atividades que revertam em benefício à sociedade em que estão inseridas, sempre priorizando a educação com base na moral e valores relacionados à cultura do meio em que vivem. Tanto é assim, que a organização da família está em constante mudança, para acompanhar a evolução histórica do homem.

As normas aplicadas ao direito de família devem estar adequadas às garantias asseguradas pela Constituição Federal. Desta forma, os institutos do Direito de Família devem respeitar certa ordem, caso contrário, acabam perdendo sua razão de ser. Assim, através dos princípios constitucionais busca-se alcançar o que o constituinte projetou para a família, de maneira a entender sua regulamentação.

É importante ressaltar que, por meio da regulamentação, a família se torna um espaço de integração social, deixando de lado aquele modelo cético, individualista das pessoas, para que todos possam viver em um ambiente que traga segurança para uma boa convivência e sobrevivência dos seus membros.

Assim sendo, torna-se claro que a função social da família está

profundamente ligada aos princípios do desenvolvimento e da dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição.

Outra função da família é a de guarda, inerente ao poder familiar, conferido aos pais pela Constituição. É sobre essa função que passaremos a estudar no Capítulo seguinte.

3 PODER FAMILIAR

Neste capítulo serão apresentados os conceitos de poder familiar, responsabilidades decorrentes do poder familiar, alicerçado no princípio do melhor interesse da criança. Posteriormente, será abordado o conceito de conceito a guarda, apresentando suas modalidades, finalizando com o estudo acerca do direito de visitas.

O convívio familiar é muito importante para o menor e são através das relações familiares que serão transmitidos os valores necessários para construir uma base sólida e segura para o enfrentamento das adversidades culturais e sociais que serão encontradas durante a vida. A convivência familiar está entre os direitos fundamentais que devem ser garantidos a toda criança e adolescente (art. 227 da Constituição Federal, art. 4º da Lei nº 8.069/90 e art. 1630 do Código Civil). O poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições por ambos os pais, devendo o Estado protegê-lo, coibindo qualquer ação que venha prejudicar o exercício deste poder, de forma irregular (BRASIL, 1988, 1990).

Os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar dos pais, que pode ser exercido em conjunto e, na falta ou impedimento de um dos genitores, por apenas um deles, que passa a assumir a plenitude da guarda.

Sobre o poder familiar, está previsto no Código Civil, que:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. (BRASIL, 2002).

Dias (2016, p. 457) trabalha na conceituação de poder familiar, afirmando o seguinte:

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direitos. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da opção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.

Diniz (2012, p. 601) também conceitua o poder familiar, asseverando que:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor não emancipado. Se, porventura, houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz a solução necessária, resguardando o interesse da prole (CC, art. 1.690, parágrafo único).

Por fim, colhem-se os ensinamentos de Coelho (2012, p. 203):

Este poder, instrumento da função Educacional da família, a lei o denomina poder familiar. A ele se sujeitam os filhos menores (CC, art. 1630). Alcançada a maioridade, passam a responder por seus atos e, mesmo que ainda residam com os pais, e continuam obrigados a devotar-lhes respeito, já não estão mais sobre o poder familiar.

Analisando os conceitos apresentados, podemos asseverar que o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres que os pais (ou aquele que tiver a guarda) possuem em relação aos filhos menores.

Como denota o artigo 1631 do Código Civil, o poder familiar é exercido por ambos durante o casamento ou a união estável, mas se entende que as responsabilidades do poder familiar podem ser impostas a qualquer um dos genitores que não tem o filho consigo (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, Coelho (2012, p. 203) sustenta:

De outro lado, titulam-no em conjunto o pai e a mãe. A lei diz que assim é “durante o casamento e a união estável” (art. 1631). Mas isso não está inteiramente correto. Enquanto existir o poder familiar, isto é, enquanto não alcançada a maioridade pelo filho, pai e mãe o exercem em conjunto, exista ou não entre eles vínculos de conjugalidade. Em qualquer hipótese - são pais solteiros, o filho foi havido fora do casamento de um deles, estão separados, divorciados, integram uma união livre etc. - e não apenas na de casamento ou união estável, o pai e a mãe título em conjunto o poder familiar.

Como lecionado por Coelho (2012, p. 203), o exercício do poder familiar será sempre imposto a ambos, havendo apenas a restrição quando existir limitação na guarda dos filhos. Neste caso o poder familiar será exercido nos dias em que o pai não guardião estiver com o filho.

O poder familiar inicia-se com o nascimento do filho e perdura até o alcance da maioridade exceto nos casos de suspensão e extinção do poder familiar, previstos no artigo 1635 do Código Civil, como a morte dos pais ou a destituição destes (BRASIL, 2002).

O poder familiar é indelegável a terceiros e somente um pai pode delegar, em parte, ao outro genitor, como preleciona Gonçalves (2012, p. 361):

O poder paternal faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido. Qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abdicuem desse poder, será nula. O aludido instituto constitui, como foi dito, um múnus público, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho.

É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado.

A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo (geralmente em pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz.

Importante acrescentar que, sendo o exercício do poder familiar uma obrigação dos pais, determinado pelo Estado, existem sanções para o seu descumprimento, como denotam os crimes do Código Penal (CP), abaixo indicados:

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena

§ 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I - se o abandono ocorre em lugar ermo;

[...]

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

[...]

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

Abandono intelectual

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. (BRASIL, 1940).

Além das sanções previstas na esfera penal, ainda existem sanções administrativas, como a infração administrativa prevista na Lei nº 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como se observa no art. 249:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990).

Como denotam as sanções acima explicitadas, as obrigações do poder familiar são um bem jurídico precioso pela sociedade e seu descumprimento configure conduta punível pelo Estado.

Sobre esses crimes decorrentes do descumprimento do poder familiar, colacionamos os ensinamentos de Capez (2011, p. 281):

Sob a epígrafe “Dos crimes contra a assistência familiar”, prevê o Código Penal os delitos que atentam contra a subsistência do organismo familiar, em virtude de seus integrantes não propiciarem a devida assistência material e moral aos demais. Há, portanto, infração ao dever de assistência recíproca, o qual se consubstancia em imperativo previsto no art. 229 da Constituição Federal: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”. O art. 230, por sua vez, menciona: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (vide também o art. 227 da CF).

Aqui observamos que apesar da nomenclatura de “poder”, o poder familiar tem muito mais uma carga impositiva aos genitores. Desta forma, o correto seria a mudança da redação para “dever familiar”, onde a “coisificação” perdeu toda sua eficácia para que a criança seja um sujeito de direitos e o protagonista desta relação familiar, onde todos devem atentar para a plenitude da satisfação dos direitos constitucionais das crianças e adolescentes.

3.1 RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

Necessita-se agora, explicitar quais são os deveres do poder familiar, previstos no art. 1.634 do Código Civil, que elenca uma série de poderes/deveres dos pais em relação aos filhos menores. Assim dispõe o mencionado artigo:

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:

- 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. (BRASIL, 2002).

Para conceituar melhor o presente estudo é necessário analisar algumas destas obrigações de forma mais minuciosa:

a) Dirigir-lhes a criação e a educação (inciso I):

Constitui-se em um dos pilares do poder familiar, o dever dos pais de criarem e educarem seus filhos. Sobre essa obrigação, Coelho (2012, p. 207) discorre:

O mais importante direito associado ao poder familiar é o de dirigir a criação e educação do filho. é o direito ao qual tenho me referido pela ideia de preparação para a vida. Nele se incluem os de definir as regras a serem observadas em casa e dei um por seu cumprimento: Horário de acordar e dormir, fazer as refeições, responsabilidade pela arrumação do quarto, uso adequado dos móveis e utensílios, critérios para utilização dos equipamentos domésticos (computador, por) por todos os membros da família etc. também é direito dos Pais escolher a escola dos filhos, até o grau médio, devendo levar em consideração a opinião deles quando se revelar madura.

Analisando com mais profundidade, Diniz (2012, p. 606) leciona:

[...] provendo os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe ainda dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando o seu espírito e caráter, aconselhando e dando-lhe uma formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e dignidade.

Como se observa nas citações acima, a obrigação de educar e criar ultrapassa muito a barreira da manutenção financeira e inclusão em sistema educacional. A obrigação de criar e educar são a imposição legal aos pais de instruir seus filhos com valores daquilo que é correto e ensinar sobre as responsabilidades necessárias para uma vida digna, como bem ilustrado por Diniz, esse inciso abrange a educação moral, espiritual, intelectual e social, em condições de liberdade e dignidade (DINIZ, 2012, p. 606).

b) Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (inciso IX):

Seguindo o princípio estabelecido no inciso II, junto com o dever de criar e educar, têm os pais o dever de exigir obediência e respeito dos filhos.

Sobre obediência e respeito, Coelho (2012, p. 209) diz que:

A formação do filho para a vida adulta faz-se mediante a transmissão de valores e incorporação de regras. Por características próprias do processo de desenvolvimento do ser humano na sociedade complexa dos nossos tempos, há uma resistência natural por parte do filho a aceitação de sua condição. Como testar os pais é parte inexorável do processo de amadurecimento. As atitudes de rebeldia começam cedo e se acentuam na puberdade. Por mais desgastante que para os pais, é função deles enfrentar essas atitudes, exigindo obediência e respeito dos filhos.

Sobre as consequências aos filhos em desobedecerem e desrespeitarem os pais, trazemos o ensinamento de Diniz (2012, p. 607):

Pode, ainda, usar, moderadamente seu direito de correção, como sanção do dever educacional, pois o poder familiar, diz Orlando Gomes, não poderia ser exercido, efetivamente, se os pais não pudessem castigar seus filhos para corrigi-los. Todavia, é preciso esclarecer que, embora os pais estejam legitimados a castigá-los, no exercício de seu poder disciplinar não estão autorizados os castigos imoderados; assim, os genitores que abusarem dos meios corretivos poderão ser destituídos do poder familiar, além de incorrerem em responsabilidade criminal (CC, art. 1638, I; CP, art. 136).

Ainda que não tenham ocorrido alterações no Código Civil em relação à possibilidade dos castigos moderados aos filhos, a Lei nº 13.010/2014, conhecida como Lei Bernardo, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando a proibição de qualquer forma de violência física como castigo às crianças e adolescentes, como se observa no texto legal:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

a) sofrimento físico; ou

- b) lesão;
- II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:
 - a) humilhe; ou
 - b) ameace gravemente; ou
 - c) ridicularize.

“Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
- II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;
- V - advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.” (BRASIL, 2014).

Com o exposto, em uma análise sucinta, podemos incluir o seguinte entendimento em relação a esses dois artigos: compete aos pais dirigir a criação e educação, exigindo obediência e respeito dos filhos, podendo utilizar castigos não físicos para repreendê-los, desde que não se trate de grave ameaça, ridicularização e/ou humilhação.

O inciso IX também inclui a exigência dos filhos realizarem serviços próprios de sua idade e condição, porém existe uma divergência doutrinária na aplicação deste inciso. Diniz (2012, p. 609), cita que:

Os menores deverão não só respeitar e obedecer aos seus pais, mas também prestar-lhes serviços compatíveis com sua situação, participando da manutenção da família, preparando-se para os embates da vida.

Em sentido diverso, Dias (2016, p. 462) trata da impossibilidade total dos filhos prestarem serviços:

A possibilidade de submeter os filhos a serviços próprios de sua idade e condição é incompatível com o cumprimento constitucional da dignidade da pessoa (CF, 1º, III). Trata-se de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores, o que pode configurar exploração do trabalho infantil (ECA 60) e ser considerado abuso (CF, 227 §4º).

Por fim, Coelho (2012, p. 209), busca um meio termo entre as duas posições acima expostas:

Como qualquer outra manifestação do poder familiar, o direito de exigir a prestação de serviços próprios à sua idade e condição só existe se destinado à adequada preparação do filho para a vida adulta. Quer dizer, os pais não têm o direito de exigir que os filhos trabalhem fora para contribuir com a renda familiar, por mais necessitados que sejam ou estejam. Porém, é certo, estimulá-los a tais atitudes, que são sadias e contribuem para a formação do caráter.

Entende-se como mais correta a interpretação dada pelo Professor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 209), de que o Código Civil trata a realização de serviços como uma etapa educativa da criança ou adolescente na realização de tarefas domésticas compatíveis com sua idade ou capacidade, como ensinamento para a realização destas tarefas quando chegar à vida adulta.

c) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (inciso XIII):

Consequência natural do exercício da guarda, é a garantia jurídica aos pais de reaver o filho em caso de posse por pessoa estranha ou inidônea. Coelho (2012, p. 208), explica que “se alguém retira indevidamente a criança e adolescente da companhia do pai ou da mãe, eles têm o direito de reclamar-lhe a devolução”. Esse direito pode ser exercido, inclusive por um dos titulares do poder familiar contra o outro, sempre que desrespeitados os direitos do primeiro de ter o filho em sua companhia e guarda.

As demais responsabilidades, decorrentes do poder familiar, serão analisadas no decorrer deste trabalho.

3.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A criança e o adolescente foram transformados de objetos dos pais a sujeitos de todos direitos inerentes à pessoa humana e há uma série de cautelas para garantir seu desenvolvimento sadio e harmonioso, como lecionam Lima e Veronese (2012, p. 54):

A doutrina jurídico-protetiva para a infância e adolescência tem na sua base de estruturação duas premissas específicas: 1) o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos;

2) a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esse novo modelo de proteção jurídica precede da adequação do campo de incidência das normas ao caso concreto para que se alcance fundamentalmente uma completa satisfação jurídica.

Essa alteração decorreu da crescente demanda internacional de proteção às crianças, como nos lembra Amin (2016. p. 11):

O primeiro documento internacional que expôs a preocupação em se reconhecer direitos a crianças e adolescentes foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, promovida pela Liga das Nações.

Contudo, foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, o grande marco no reconhecimento de crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais.

O documento estabeleceu, dentre outros princípios: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação.

A ONU, atenta aos avanços e anseios sociais, mormente no plano dos direitos fundamentais, reconheceu que a atualização do documento se fazia necessária. Em 1979 montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução nº 44.

A Convenção Internacional do Direito da Criança, em seu artigo 3º, insere na normativa internacional o conceito de interesse superior da criança:

Artigo 3 1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

A doutrina do interesse superior da criança foi elevada a princípio constitucional com sua inclusão no art. 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Importante colocação já que, tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, foram criados após a Constituição Federal de

1988 e com isso, devem ser interpretados em consonância com a Carta Magna, como Maciel (2016, p. 83) reforça:

Considerando a absoluta e indiscutível prioridade dos direitos relacionados aos deveres concernentes ao poder familiar, os citados dispositivos da lei civil e do ECA precisam ser interpretados em cotejo com os direitos fundamentais enumerados no art. 227 da CF/88.

Assim, todas as medidas judiciais e legislativas devem harmonizar com o melhor interesse da criança e para ela e somente a ela, devem ser direcionadas as intenções e ações concernentes ao exercício do poder familiar.

3.3 CONCEITO DE GUARDA

A guarda, de forma sintetizada, é ter o filho junto a si. É a garantia da convivência permanente da criança junto aos pais ou, em casos específicos, junto a terceiros.

Com o fim da relação conjugal, permanecerá a relação de filiação entre os pais e os filhos e estes ainda necessitarão de que sejam providos todos os seus direitos fundamentais.

A definição legal mais correta para guarda é aquela presente no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que conceitua guarda como a obrigação de 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 (BRASIL, 1990).

Sobre a cautela na definição de guarda, através do prisma do ECA, colhemos os ensinamentos de Dias (2016, p. 526) que aponta as diferenças sobre os institutos previstos no ECA e no Código Civil:

A expressão “guarda” é utilizada tanto pelo Código Civil como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas com significado diverso. No âmbito do ECA, diz respeito com a situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais e estão com direitos ameaçados e violados (ECA 98). A guarda tem cabimento em duas situações em especial: (a) para regulamentar a posse de fato (ECA 33 §1º) e (b) como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção (ECA 33 §2º).

Para elucidar, Maciel (2016, p. 95) inicia esclarecendo sobre o instituto da guarda como um poder/dever dos pais:

A guarda como atributo do poder familiar constitui um direito e um dever. Não é só o direito de manter o filho junto de si, disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. Engloba também o dever de assistência e representação.

Dias (2016, p. 512) aprofunda ainda mais esta noção de dever, até mesmo quando chega ao fim a situação conjugal dos genitores:

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não afeta nem os direitos e nem os deveres de ambos em relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado. O estado de família é indisponível.

Para abrilhantar a conceituação, continuamos com os ensinamentos de Dias (2016, p. 513), que trata da necessidade de observar o melhor interesse da criança dentro do exercício da guarda. Vejamos:

A lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1611 e 1612), não dá a mínima atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela constituição, nem para tudo o que o ECA dita sobre o melhor interesse de crianças e adolescentes. Ao tratar da proteção dos filhos, (art. 1583 a 1590), sucessivas leis, de forma didática, definem o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e eventual estado de beligerância entre eles (art. 1584, §2º).

Seguindo na senda do interesse superior da criança, Gonçalves (2012, p. 250) leciona que:

Deve-se sempre dar primazia aos interesses dos menores. Em questões de família, a autoridade judiciária é investida dos mais amplos poderes. Por isso, o art. 1.586 do Código Civil permite que, a bem deles, o juiz decida de forma diferente dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, desde que comprovada a existência de motivos graves. A questão da guarda admite revisão, sempre a bem do menor, com base no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nessa linha, em ação de guarda e regulamentação de visitas movida pelo pai, que não se fazia necessária a apresentação formal de reconvenção, podendo a mãe conseguir a referida guarda por meio de contestação. Frisou o relator que “tanto o pai como a mãe podem exercer de maneira simultânea o direito de ação, pleiteando a guarda da filha menor, sendo que a improcedência do pedido do autor conduz à procedência do pedido de guarda à mãe, restando evidenciada, assim, a natureza dúplice da ação”.

Analisando todos os conceitos apresentados, podemos definir guarda como a situação jurídica especial que determina quem exercerá o direito de ter o menor sobre o mesmo teto, podendo exercer este direito contra terceiros.

A guarda é estabelecida em duas modalidades previstas no artigo 1583 do Código Civil, como podemos observar:

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

Essas modalidades de guarda serão mais profundamente analisadas e conceituadas nas seções que seguem.

3.3.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral é aquela onde apenas um dos genitores detém a companhia dos filhos, cabendo ao genitor não guardião exercer a companhia a seus filhos em períodos consensuais ou estabelecidos pelo Juiz (art. 1584, caput, c/c §5º do CC) (BRASIL, 2002).

É ainda a modalidade mais comum de guarda, como explica Gonçalves (2012, p. 251):

Essa tem sido a forma mais comum: um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores.

Nessa modalidade, o exercício do poder familiar será pleno para o guardião, cabendo, nos moldes do art. 1583, §5º, cumulado com o art. 1589 do Código Civil, o dever do outro genitor de supervisionar os interesses e fiscalizar a manutenção e educação do menor (BRASIL, 2002).

3.3.2 Guarda alternada

Apesar de não existir expressamente na legislação, existe a possibilidade da guarda alternada, onde os genitores alternarão a guarda da criança.

Sobre o assunto leciona Diniz (2012, p. 311) que:

Guarda alternada, ficando o filho ora sob custódia de um dos pais, com ele residindo, ora de outro, passando a conviver com ele. Como há deslocamento periódico do menor, poderá ocorrer interferência em seus hábitos educacionais, gerando instabilidade emocional e interrupção de convívio social, logo não é muito recomendável.

Afinal, se existe a liberdade dos genitores convencionarem a guarda e os direitos de visita, nada impede que o façam através da guarda alternada.

Apesar de haver essa possibilidade, a guarda alternada somente será viável se os pais morarem em locais próximos e o convívio entre estes for alinhado com os interesses da criança, pois, caso isso não seja observado, a alternância de residências poderá ser mais prejudicial do que a guarda unilateral.

3.3.3 Guarda compartilhada

Em busca de uma alternativa e como uma opção para a guarda unilateral e corrigindo os problemas decorrentes da guarda alternada, visando o melhor interesse da criança e adolescente, o legislador procurou inovar, criando a figura da guarda compartilhada, que rompe com todo o entendimento existente sobre a guarda de pais separados. Agora ambos podem exercer a guarda, como leciona Dias (2016, p. 516):

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva a plurarização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns

paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica. Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a 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. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

A guarda compartilhada traz as responsabilidades do poder familiar para ambos os pais, independentemente do local onde for fixada a residência da criança, cabendo a ambos os pais dialogarem e decidirem em diversas situações da rotina da criança, como mudança de endereço (art. 1634, V do CC) ou a realização de viagens ao exterior (art. 1634, IV do CC) (BRASIL, 2002).

Além do chamamento daquele genitor com quem a criança não reside às responsabilidades parentais, o convívio com ambos os genitores deverá ser de forma igualitária e equilibrada, trazendo os princípios do melhor interesse da criança para o centro das atenções da formulação da guarda.

3.4 DIREITO DE VISITAS

Premissa fundamental a toda criança e adolescente é o direito à convivência familiar, conforme está estabelecido no art. 227, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Quando os pais não residem juntos, seja pelo fim do vínculo conjugal ou pela existência de um filho fora do casamento, a convivência familiar deve ser possibilitada àquele com quem o menor não reside, através do direito de visitas.

Dias (2016, p. 524) leciona sobre direito de visitas que:

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar este direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação do regime convivencial. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna da relação parental.

Sobre a prevalência do direito de visitas, independentemente dos motivos que levaram à ruptura da sociedade conjugal, leciona Diniz (2012, p. 346):

Já se decidiu que: Limitando-se a lide a agressões entre os genitores, já separados, não seria correta a decisão que suspende o direito de visitas do pai ao filho, quando não há qualquer notícia de maus-tratos ou conduta desabonatória do genitor em relação ao infante. O direito de visitas entre pai e filho é indispensável ao completo desenvolvimento da criança, indo ao encontro dos interesses do menino, os quais devem ser sempre protegidos (BAASP, 2.655:1767-11).

Corroborando com o ilustrado acima, temos as palavras de Gonçalves (2012, p. 256):

O direito de visita, com efeito, na medida em que se invoca a sua natureza puramente afetiva, “não tem caráter definitivo, devendo ser modificado sempre que as circunstâncias o aconselharem; e também não é absoluto, pois, por humana que se apresente a solução de nunca privar o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízos — principalmente no aspecto moral —, sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer”.

No sentido que o direito de visitas é para a criança, diz a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PATERNAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

O direito de visitas, mais do que um direito dos pais constitui direito do filho em ser visitado, garantindo-lhe o convívio com o genitor não-guardião a fim de manter e fortalecer os vínculos afetivos.

Evidenciado o alto grau de beligerância existente entre os pais, inclusive com denúncias de episódios de violência física, bem como acusações de quadro de síndrome da alienação parental, revela-se adequada à realização das visitas em ambiente terapêutico.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJRS, Apelação Cível nº 70028674190, Des. André Luiz Planella Villarinho, 15.4.09). (BRASIL, 2009).

As visitas poderão ser por livre acordo entre os genitores ou estipuladas pelo Juiz, como determina o art. 1589 do CC (BRASIL, 2002).

Nas palavras de Diniz (2012, p. 348) “a visitação livre é a melhor solução. Se não for possível, deverá ser regulamentada racionalmente, conforme as peculiaridades de cada caso”.

Considerando que o direito de visitas pertence ao menor, não cabe a um dos genitores obstaculizar este exercício, incorrendo na redução de suas prerrogativas de guardião ou até mesmo incorrer no crime previsto no art. 359 do Código Penal: “Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa” (BRASIL, 1940).

A privação de visitas somente deve ocorrer se esta causar perigo grave à segurança e/ou à saúde física ou psicológica da criança, devendo a suspensão ou restrição ao direito de visitas passar pelo crivo do Judiciário (art. 1586 do CC) (BRASIL, 2002).

A obstaculização no exercício do direito de visitas e até mesmo a proibição imotivada por parte de um dos genitores causa um efeito devastador na vida da criança, como explica Diniz (2012, p. 348):

[...] a falta de visitas dos que lhes são caros pode conduzi-los a um estado depressivo, danoso à sua saúde física e psíquica, provocando moléstias e desvios comportamentais e, por isso, pode gerar indenização por dano moral.

Assim, o direito de visitas é direito subjetivo da criança e irrenunciável pelos pais, devendo ambos possibilitar a convivência familiar e envidar esforços na manutenção dos vínculos entre os genitores não guardiões e seus filhos.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

Neste capítulo passa-se a discutir sobre o tema principal da presente monografia, a alienação parental. Considerando que, para o entendimento do tema é necessário conhecê-lo, apresenta-se seu conceito, examinando especialmente a Lei nº 12.318/10, buscando entender a necessidade de sua criação, identificando quais condutas esta lei tem como objetivo disciplinar. apresentaremos as jurisprudências correspondentes ao tema estudado, buscando verificar se existe a incidência de atos de alienação parental praticados por este agente.

4.1 CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental ocorre há muito tempo, porém, recentemente, ganhou notoriedade no cenário jurídico, como Dias (2016, p. 537) explica:

Quem lida com conflitos familiares já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome: síndrome de alienação parental - SAP, alienação parental ou implantação de falsas memórias.

Maciel (2010, p. 141) já alertava sobre alienação parental quando discorria sobre o falso alarme de abuso sexual:

Mais recentemente, vem-se discutindo a delicada questão do falso alarme de abuso sexual de filho denunciado por um dos genitores, objetivando o afastamento do pretenso agressor da convivência familiar, por ser considerada uma forma nefasta de abuso psicológico, tão ou mais prejudicial à formação psíquica do filho quanto à própria violência física: a Síndrome da Alienação Parental.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi o nome proposto por Richard A. Gardner, psiquiatra norte americano, que traz a conceituação desta síndrome:

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 justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a

negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (Gardner, 2002, p. 2).

Continuando, o autor fala dos efeitos da síndrome nas crianças e adolescentes:

É importante notar que a doutrinação de uma criança através da SAP é uma forma de abuso – abuso emocional - porque pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso. Em muitos casos pode conduzir à destruição total dessa ligação, com alienação por toda a vida. Em alguns casos, então, pode ser mesmo pior do que outras formas de abuso - por exemplo: abusos físicos, abusos sexuais e negligência. Um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são a de que é um genitor exemplar. Tipicamente, têm tanta persistência no seu intento de destruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, que se torna cego às consequências psicológicas formidáveis provocadas na criança, decorrentes de suas instruções de SAP – não apenas no presente, em que estão operando essa doutrinação, mas também no futuro. (Gardner, 2002, p. 2).

Como se denota no texto citado, a síndrome da alienação parental é um transtorno psíquico da criança que foi alienada, ou seja, estamos falando do estágio mais gravoso desta conduta alienante realizada pelos familiares. Porém, devemos nos atentar que a SAP é a consequência da alienação parental. Para que se possa reagir e, principalmente, proteger as crianças que adquiram este transtorno psicológico, deve-se proibir a alienação parental.

Sobre a diferenciação entre alienação parental e a síndrome causada por ela, Gardner (2002, p. 3) diz:

Em contraste, as crianças submetidas à AP provavelmente não se prestam aos estudos de pesquisa por causa da grande variedade de distúrbios a que pode se referir - por exemplo: a abusos físicos, abusos sexuais, negligência e parentalidade disfuncional. Como é verdadeiro em outras síndromes, há na SAP uma causa subjacente específica: a programação por um genitor alienante, conjuntamente com contribuições adicionais da criança programada. É por essas razões que a SAP é certamente uma síndrome, e é uma síndrome pela melhor definição médica do termo. Ao contrário, a AP não é uma síndrome e não tem nenhuma causa subjacente específica. Nem os proponentes do uso do termo AP alegam que seja uma síndrome. Realmente, a AP pode ser vista como um grupo de síndromes, que compartilham do fenômeno da alienação da criança de um genitor. Referir-se à AP como um grupo de síndromes levaria necessariamente à conclusão de que a SAP é uma das sub-síndromes sob a rubrica da AP e enfraqueceria desse modo o argumento daqueles que alegam que a SAP não é uma síndrome.

A legislação trilhou o caminho de proibir os atos de alienação, como Perez (2010, p. 66) asseverou:

Afastou-se, de plano, a polêmica acerca do diagnóstico de síndrome, no âmbito da Psicologia, hipótese em que a criança ou adolescente envolvida em processo de alienação parental, já daria, ela própria, sua contribuição para o aprofundamento do processo. Não se pretende negar a relevância e utilidade das contribuições da teoria original (Richard Gardner) sobre a síndrome da Alienação Parental (SAP) e a riqueza de suas descrições, mas tampouco a crítica ao contexto em que surge, de pragmatismo comportamental, punitivo e psiquiátrico norte-americano.

Desta forma, não há que se prolongar na discussão sobre o diagnóstico da síndrome, no âmbito da psicologia, que muito contribuiu para a evolução do estudo da SAP, mas sim, identificar a conduta alienante e combatê-la, o mais rápido possível a fim de diminuir a possibilidade de o alienado sofrer com a síndrome.

A fim de ilustrar melhor o tema, recorre-se à explanação de Oliven (2010, p. 126), para conhecer a origem da alienação parental:

Em geral, o genitor ferido, vitimado pelo abandono, mágoa ou rancor, cria artifícios para impedir encontros, a criação ou manutenção, de laços estreitos entre o filho e o outro genitor, criando um abismo por vezes intransponível, no entanto possivelmente devastador. Institui um processo de diabolização do outro, projetando nele todo o mal sofrido.

Com isso, o agente pretende excluir o ex-companheiro com o qual não se está mais em convívio do relacionamento direto e imediato da criança como meio punitivo àquele. A influência do genitor que detém a guarda física sobre a criança, na mesma incutindo pensamentos – e sentimentos – para alijar e excluir o outro genitor da relação paterno/materno-filial, pode ser suficiente a depreciar o ex-par.

A criança, na maioria das vezes, passa a ser objeto do litígio conjugal. O pai ou a mãe, muitas vezes os dois ou até mesmo um parente próximo, passam a fazer pedidos em nome do outro, da criança, sem sequer se perguntarem pelo desejo do filho. Ele sequer é ouvido. Nesta situação, a criança fica sem saber de que lado se colocar e termina entrando em conflito de lealdade entre a defesa da palavra – e da verdade – do genitor com força suficiente a repetir e introjetar o discurso do abandono, duvidando do amor do outro e por vezes sequer abrindo qualquer possibilidade ao diálogo.

Sentimentos como ciúmes, inveja, ressentimento e vingança entre os pais obscurecem a vitalidade da vida psíquica de uma criança. A esta tentativa de alienar o pai ou a mãe, afastando-o da memória afetiva e da vida de um filho e impondo o degredo na relação paterno filial, sendo o genitor-alienante o sujeito ativo e genitor-alienado o passivo, dá-se o nome de Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Utiliza-se como exemplo de alienação parental o caso abaixo descrito em jurisprudência do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PROPOSTA PELO PAI PARA ASSEGURAR VISITAÇÃO À FILHA COM SETE ANOS DE IDADE - INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUANTO A PREJUDICIALIDADE DO CONTATO COM O PAI - DESAVENÇAS ENTRE A MÃE DA CRIANÇA E A ATUAL COMPANHEIRA DO PAI QUE NÃO PODEM AFETAR O DIREITO DA FILHA DE CONVIVER COM O PAI - OBRIGAÇÃO JUDICIAL DE NÃO CONTRIBUIR PARA INSTALAÇÃO DE QUADRO DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 557 DO CPC. (TJ-RJ - AI: 00384379620098190000 RIO DE JANEIRO CAMPO GRANDE REGIONAL 1 VARA DE FAMÍLIA, Relator: CLAUDIO LUIZ BRAGA DELL ORTO, Data de Julgamento: 30/11/2009, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/12/2009). (RIO DE JANEIRO, 2009).

A jurisprudência citada acima trata de um caso de desavenças entre a genitora e a atual companheira do pai, que estavam prejudicando o direito de convivência entre o genitor e a criança, tratando o julgador de asseverar que estas desavenças não podem, de forma alguma, afetar o direito da criança.

Nesse contexto, a criança ou adolescente é colocada em segundo plano, sendo utilizada como um objeto de vingança utilizado pelo alienador, que tenta, através da negação do exercício dos direitos do outro genitor e da criança, punir o companheiro por uma desilusão sofrida.

Ainda para esclarecer sobre alienação parental, trazemos a definição de Dias (2016, p. 538):

Um dos genitores leva a efeito verdadeira “lavagem cerebral”, de modo a comprometer a imagem que o filho tem do outro, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme descrito pelo alienador. Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao conseguir impressioná-los, eles compreendem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo.

Finalmente, pode-se conceituar a alienação parental como a campanha psicológica realizada pelo genitor, com o objetivo de implantar falsas recordações, denegrir e afastar a criança ou adolescente do contato do outro genitor, com o propósito de romper os laços afetivos mantidos entre os dois.

4.2 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A legislação que trata da alienação parental é recente no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 (Lei da Alienação Parental), veio criar mecanismos para a identificação e coibição da alienação parental, através da intervenção do Estado junto às famílias.

Tratando-se, como dito anteriormente, de um tema relativamente novo, faz-se necessário, primeiramente, realizar a conceituação do tema. Neste sentido, o art. 2º da referida Lei traz o conceito de alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Sobre essa definição de alienação parental, apresentada pela Lei da Alienação Parental, Perez (2010, p. 64) anota que:

De início, a lei pretendeu definir juridicamente a alienação parental, não apenas para afastar a interpretação de que tal, em abstrato, não existe, mas também para induzir exame aprofundado em hipóteses dessa natureza e permitir maior grau de segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização de tal fenômeno. É relevante que o ordenamento jurídico incorpore a expressão alienação parental, reconheça e iniba claramente tal modalidade de abuso, que, em determinados casos, corresponde ao próprio núcleo do litígio entre ex-casal. O texto da lei, nesse ponto, inspira-se em elementos dados pela Psicologia, mas cria instrumento com disciplina própria, destinado a viabilizar atuação ágil e segura do Estado em casos de abuso assim definidos.

Como se observa no artigo 2º, da Lei nº 12.318/2010, a alienação parental é a interferência que pode ser provocada por um leque grande de agentes, incluindo-se aqui toda pessoa que tenha a criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância (BRASIL, 2010).

Sobre a autoria dos atos de alienação parental, Perez (2010, p. 65) discorre:

Observou-se a cautela de não restringir a autoria de atos de alienação parental a genitores, mas a qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância. Tal cautela tem por objetivo impedir que a intermediação de terceiros afaste, ou seja, adotada para mascarar a constatação de atos de alienação parental.

Ainda sobre a pluralidade de agentes alienadores, Dias (2016, p. 539) ensina:

Assim, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores. Pode ser levado a efeito frente aos avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos. Muitas vezes ocorre quando ainda o casal vive sob o mesmo teto. Certas condutas, ainda que teoricamente protegidas sob o manto da lícitude e das “boas intenções”, podem ocultar verdadeiros indícios de tentativa de denegrir a imagem de um dos genitores ou membros de sua família.

A definição jurídica de alienação parental, apesar de esta ter sido conceituada por vários doutrinadores e estudiosos, auxilia muito o juiz no sentido de conseguir caracterizar a alienação parental, identificando suas vítimas e os alienadores, retirando a margem de interpretação, que poderia acabar induzindo a justiça a não reconhecer a alienação.

4.3 ELEMENTOS PARA IDENTIFICAÇÃO DO ALIENADOR

A alienação parental, por ser um ato de abuso psicológico, não deixa marcas visíveis, nem seus atos são facilmente notados. Porém, apesar da dificuldade na identificação da violência psicológica sofrida pelo alienado, algumas características do alienador podem ser percebidas, ajudando na sua identificação, como Trindade (2010, p. 26) afirma:

Embora seja difícil estabelecer com segurança um rol de características que identifique o perfil de um genitor alienador, alguns tipos de comportamento e traços de personalidade são denotativos de alienação:

- dependência;
- baixa autoestima;
- condutas de desrespeito às regras;
- hábito contumaz de atacar as decisões judiciais;
- litigância como forma de manter aceso o conflito familiar e de negar a perda;
- sedução e imposição;
- queixumes;
- histórias de desamparo ou, ao contrário, de vitórias afetivas;
- resistência a ser avaliado;
- resistência, recusa, ou falso interesse pelo tratamento.

O mesmo autor continua delineando as condutas clássicas do alienador:

O comportamento de um alienador pode ser muito criativo, sendo difícil oferecer uma lista fechada dessas condutas. Entretanto, algumas delas são bem conhecidas:

- 1 - apresenta o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
- 2 - interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
- 3 - desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
- 4 - desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
- 5 - recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas, etc.);
- 6 - falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor;
- 7 - impedir a visita;
- 8 - “esquecer” de transmitir avisos importantes / compromissos (médicos, escolares, etc.);
- 9 - envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
- 10 - tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro;
- 11 - trocar nomes (atos falhos) ou sobrenomes;
- 12 - impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;
- 13 - sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas;
- 14 - alegar que o outro cônjuge não tem disponibilidade para os filhos;
- 15 - falar das roupas que o outro cônjuge comprou para os filhos ou proibi-los de usá-las;
- 16 - ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge; (TRINDADE, 2010, p. 27).

Finaliza Trindade (2012, p. 28), apresentando outros comportamentos do alienador, que, segundo ele, caracterizam as condutas mais gravosas na alienação parental:

- Obstrução a todo o contato;
- Falsas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual;
- Deterioração da relação após a separação;
- Reação de medo da parte dos filhos.

Ilustrando uma das condutas descritas acima, apresenta-se um exemplo da forma mais grave de obstrução do convívio da criança com seus genitores, extraída da decisão do Tribunal de Justiça Gaúcho:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO NÃO CONFIGURADO. MÃE BIOLÓGICA QUE APRESENTA PLENAS CONDIÇÕES PARA EXERCER A MATERNIDADE. ADOÇÃO PELA MADRASTA INDEFERIDA. SENTENÇA REFORMADA. A cessão ou transferência da guarda de um filho ao outro genitor não deve ser confundida com hipótese de abandono do menor. Comprovada nos autos a constância do intuito da mãe em manter vínculos com seu filho, havendo indícios de que sempre houve impedimento para a realização desse intento por ação do pai biológico do infante. Por si só, o fato do menor ter sido criado pela madraستا e por ela haver desenvolvido vínculo parental, não autoriza a sua adoção, não estando comprovada nos autos a concretização de nenhuma das hipóteses legais que autorizam a destituição do poder familiar. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº

70053362943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 29/05/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Observa-se na jurisprudência acima citada, que a alienação ocorre de forma conjunta, onde é objetivado pelos alienadores, identificados como sendo o pai e sua companheira, romper juridicamente os laços da criança com a mãe, através da destituição do poder familiar e posterior adoção unilateral.

Em compasso com as definições médicas, interessa notar que o parágrafo único, do art. 2º, da Lei de Alienação Parental, apresenta e amplia as condutas definidas como alienação parental, não excluindo outras que porventura não constem na lei:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A lei tomou o caminho correto em conceder a segurança jurídica necessária para constatar a conduta alienante, como Perez (2012, p. 70) argumenta:

A Existência de definição jurídica de alienação parental também permite ao juiz, em casos mais simples, identificá-la com razoável segurança, de plano, para daí inferir efeitos jurídicos com agilidade, inclusive a adoção de medidas emergenciais para proteção a criança ou adolescente, restringindo, se necessário, o exercício abusivo da autoridade parental. A definição estrita, acrescenta-se como hipóteses de alienação parental se assim caracterizadas por exame pericial, além de outras previstas no rol exemplificativo. Tal rol tem o sentido de atribuir ao aplicador da lei maior grau de segurança para o reconhecimento da alienação parental, quando for o caso, ou seus indícios. Antes de qualquer casuísmo, as hipóteses exemplificativas refletem as condutas clássicas pelas quais se opera a alienação parental.

Assim, com a apresentação de um leque de condutas que podem ser caracterizadas como alienação parental, torna-se muito mais fácil sua constatação e principalmente sua prevenção, pois a lei permite que se opere no sentido de coibir a disfunção pelas ações realizadas, não havendo necessidade de comprovação técnica de que a criança é portadora da síndrome da alienação parental, bastando a comprovação dos atos alienantes.

Portanto, há que se diferenciar, novamente, a SAP da AP, ou seja, não é necessária a comprovação de que a criança sofra da síndrome da alienação parental para que sejam tomadas, pelo juiz, as providências no sentido de coibir esses atos, mas sim, que seja comprovado que os atos alienantes (alienação parental) estão sendo praticados contra esta criança.

4.4 QUEM PODE PRATICAR A ALIENAÇÃO PARENTAL

Como se observa no artigo 2º, da Lei nº 12.318/2010, a alienação parental é a interferência que pode ser provocada por um leque grande de agentes, incluindo-se aqui toda pessoa que tenha a criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância (BRASIL, 2010).

Sobre a autoria dos atos de alienação parental, Perez (2010, p. 65) discorre:

Observou-se a cautela de não restringir a autoria de atos de alienação parental a genitores, mas a qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância. Tal cautela tem por objetivo impedir que a intermediação de terceiros afaste, ou seja, adotada para mascarar a constatação de atos de alienação parental.

Ainda sobre a pluralidade de agentes alienadores, Dias (2016, p. 539) leciona que, em um sentido mais amplo a identificação da alienação parental, pode ocorrer em outros cuidadores como avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos e indo além, induz a incidência de alienação parental enquanto o casal vive sob mesmo teto, bastando a intenção de denegrir a imagem de um dos genitores ou membros de sua família.

Como se observa no art. 2º da Lei de Alienação Parental, qualquer pessoa que exerça autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente pode ser considerado agente alienador, afastando a premissa de que somente aliena aquele que mantém a guarda unilateral da criança,

podendo a AP ser detectada nos períodos de visitas dos filhos à casa de parentes, que podem ser agentes alienadores, tanto quanto por quaisquer outras pessoas que convivam com a criança ou estão no ambiente familiar em que ela está inserida, ainda que temporariamente (GONÇALVES, 2012, p. 260).

4.5 A CRIANÇA ALIENADA

Como abordado anteriormente, não existe a necessidade de comprovar a existência da síndrome ou distúrbio para que sejam adotadas medidas de proteção à criança ou adolescente.

Nesse caminho, Perez (2012, p. 69) discorre que:

A lei passa a tutelar e inibir atos de alienação parental e não necessariamente a eventual hipótese de distúrbio ou síndrome, embora seja instrumento também útil em casos assim considerados. Analogamente, não é controvertida a necessidade de intervenção, segundo nossa ordem jurídica, em hipótese de ato de abuso físico contra criança ou adolescente, ainda que focada em acompanhamento e orientação, independentemente da constatação da sequela.

Gardner (2002, p. 3) descreve os sintomas da criança ou adolescente vítima da síndrome da alienação parental:

Similarmente, a SAP é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, especialmente nos tipos moderado e severo.

Esses incluem:

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

Ainda citando Gardner (2012, p. 3), a maioria desses sintomas pode ocorrer nas crianças, mas, nos casos de alienação parental leve, podem aparecer apenas alguns destes sintomas. Todavia a fidedignidade dos sintomas tornam o diagnóstico mais claro.

É importante conhecer os sintomas da SAP e saber que nem sempre se apresentam juntos, por esse motivo a dificuldade em diagnosticar a alienação parental e atenta a isso, a lei prevê a possibilidade de perícia psicológica ou biopsicossocial sempre que o Magistrado tiver dúvida sobre a ocorrência ou não da alienação parental.

Os sintomas da síndrome da alienação parental são consequências da alienação sofrida pela criança ou adolescente e trazem sérios prejuízos para estes, que se encontram em uma situação peculiar de desenvolvimento.

Acerca dos efeitos devastadores sobre a saúde emocional da criança ou adolescente alienado, podem-se citar os seguintes: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa autoestima; sentimento de rejeição, isolamento e mal estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado (VIEIRA; BOTTA, 2013).

Verifica-se que a alienação parental é uma violência psicológica com efeitos graves para o desenvolvimento da criança ou do adolescente, podendo provocar no alienado inclinações para a depressão e até mesmo para o suicídio.

4.6 MEDIDAS PROTETIVAS E SANÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Verificados quais são os atos alienantes e quais suas consequências para o desenvolvimento da criança ou adolescente, necessita-se apurar quais são as formas de evitar este abuso.

A Lei nº 12.318/2010 traz em seu bojo uma série de medidas judiciais para conter o avanço da alienação parental (BRASIL, 2010).

A primeira medida é a possibilidade de intervenção imediata sempre que houver o indício de alienação parental (art. 4º), ou seja, a legislação observou que, independe da constatação de sequelas ou a comprovação da

alienação parental, pode-se lançar mão de medidas cautelares para preservar o interesse da criança (PEREZ, 2012, p. 75).

Também cuidou o legislador de garantir a convivência familiar estabelecendo, no mínimo, a visita assistida do genitor atingido pela alienação, exceto nos casos em que a convivência se revele prejudicial à criança. O afastamento preconizado na Lei de Alienação Parental difere daquela medida de afastamento previsto no art. 130 do ECA. De acordo com o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 12.319, esse afastamento somente se operará após atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (BRASIL, 1990, 2010).

Essa medida visa evitar a prática nociva em que o alienador utiliza o afastamento do genitor em decorrência de denúncias de abuso, o que depois se revela uma denúncia falsa, como forma de viabilizar o aprofundamento do processo de alienação parental (PEREZ, 2012, p. 76).

A intervenção do juiz, caso haja suspeita ou comprovação de alienação parental, está delineada no caput do art. 6º da Lei nº 12.318/2010, onde assim está determinado:

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. (BRASIL, 2010).

Cabe ressaltar que o artigo acima citado, inicialmente, não exclui a responsabilidade civil e criminal do abuso cometido pelo alienador, cabendo à Lei 12.318/2010 estabelecer proteção além daquelas já existentes no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre essa perspectiva, assim leciona Gonçalves (2012, p. 261) leciona: “a lei ora comentada tem mais um caráter educativo, no sentido de conscientizar os pais, uma vez que o Judiciário já vinha tomando providências para proteger o menor, quando detectado um caso da aludida síndrome”.

As medidas podem ser aplicadas cumulativamente ou de forma separada, garantindo que na sua aplicação seja observado o princípio da instrumentalidade do processo e, com isso, se faça com que a proteção à criança alienada ocorra de forma mais rápida.

Sobre a instrumentação processual prevista na Lei nº 12.318/2010, a jurisprudência catarinense demonstra a possibilidade da aplicação de medidas cumulativamente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVERSÃO DE GUARDA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. GUARDA DA FILHA REVERTIDA LIMINARMENTE. RECURSO INTERPOSTO PELA GENITORA (MÃE). ALEGAÇÃO DE ALCOOLISMO E VIOLÊNCIA POR PARTE DO GENITOR (PAI) CONTRA A MENOR. CONDUTA NÃO VERIFICADA. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA MÃE E DE SUA COMPANHEIRA NÃO CONFIGURADA EXTREME DE DÚVIDAS. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO FAMILIAR E DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO DOS PAIS PARA ASSEGURAR RELACIONAMENTO QUE PROPICIE UM EXERCÍCIO SAUDÁVEL DA GUARDA E DO DIREITO DE VISITAÇÃO. MOMENTO PROCESSUAL QUE INSPIRA CAUTELA. MANUTENÇÃO DA GUARDA COM A MÃE QUE, NÃO OBSTANTE, DEVE SER ADVERTIDA DA IMPORTÂNCIA DO CONVÍVIO DO GENITOR COM A INFANTE. DECISÃO QUE PRESERVA O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 129, III DA LEI 8.069/90 E 6º, IV DA LEI 12.318/2010. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-SC - AI: 179103 SC 2011.017910-3, Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 05/09/2011, Sexta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Brusque) (SANTA CATARINA, 2011).

A decisão supra demonstra a participação da companheira da genitora no cometimento da alienação parental. Embora tenha sido constatada a conduta alienante, houve a manutenção da guarda com a genitora, porém, restou determinado a advertência da genitora e o acompanhamento familiar e psicológico a fim de garantir um exercício saudável da guarda, visando o fim dos atos alienantes.

Imbuída no interesse de proteção à criança, cuida a Lei 12.318/2010 de utilizar medidas que visem evitar a estigmatização do alienador buscando, com isso, não torná-la uma ferramenta de vingança do genitor que sofreu com a alienação, utilizando o Judiciário para sua desforra.

Observa-se na jurisprudência abaixo, mais um caso de conflito, possivelmente gerado após o genitor estabelecer nova relação conjugal, acarretando em denúncias acerca da conduta do genitor e sua atual companheira, porém, tais condutas não restaram comprovadas nos autos.

GUARDA DE MENOR Ação de regulamentação cumulada com busca e apreensão proposta pela genitora Alegação de conduta reprovável do genitor e de sua atual companheira. Decisão de primeiro grau que indefere o pedido de tutela antecipada Inexistência de comprovação de situação de risco à criança Inviabilidade de se modificar a guarda

até que venham novos elementos de convicção Preservação. (TJ-SP - Al: 00856471220138260000 SP 0085647-12.2013.8.26.0000, Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan, Data de Julgamento: 12/12/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/12/2013). (SÃO PAULO, 2013).

As medidas aplicáveis ao alienador estão elencadas no art. 6º e incluem desde advertência ao genitor alienador, com possibilidade de multa a este, ampliação da convivência do genitor que sofre alienação com a criança, acompanhamento psicossocial à família, terminando por alteração da guarda (seja para torná-la compartilhada ou inverte-la) e por fim a suspensão do poder familiar do genitor alienador (BRASIL, 2010).

Uma inovação trazida por essa lei é a fixação de residência da criança, no caso de mudanças constantes do genitor alienador, o que ocorre, muitas vezes, com o objetivo de afastar a criança do convívio com o genitor.

Tomando como exemplo de alienação a mudança abusiva de endereço, recorre-se aos ensinamentos de Gonçalves (2012, p. 261), citando a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina 178, por exemplo, conforme publicação de 9 de agosto de 2010, manteve a suspensão de visitas ao pai que praticara alienação parental. Decidiu-se que o pai da criança necessitava de tratamento psicológico antes de voltar a ter permissão para as visitas. Consta do processo que a mãe, ao buscar o filho na creche, teve a criança tirada de seus braços pelo pai, de forma violenta, e, depois disso, ficou durante cinco anos sem ter informações sobre o paradeiro do menor. Durante esse período, o pai passou à criança conceitos distorcidos sobre a figura materna, para obter a exclusividade do seu afeto, com a rejeição da mãe e a manutenção do seu paradeiro em segredo. Após localizar a criança com o auxílio de programas de TV, a mãe obteve a sua guarda provisória e teve conhecimento de que, para não ser encontrado, o pai mudava-se constantemente, tendo passado pela Argentina, Paraguai e Chile, além de cidades do Estado de São Paulo e Barra Velha, em Santa Catarina. (SANTA CATARINA, 2010).

Outro ponto que merece atenção é que, sendo as medidas destinadas à proteção da criança e não à punição dos genitores, é desnecessária a análise de culpabilidade, ficando esta análise a cargo da responsabilização civil ou penal do alienador (art. 6º) (BRASIL, 2010).

Tratando-se de medida protetiva, ela pode ser aplicada a todos que direta ou indiretamente contribuem para prejudicar o convívio da criança com seu genitor. Aqui podemos incluir aqueles que, visualizando atos alienantes, se omitem em proteger a criança, inclusive o genitor que deixa que terceiros o

façam (familiares ou outras pessoas que convivem com a criança), também é passível de sofrer sanções que visem a proteger a convivência familiar da criança alienada.

Colhe-se na jurisprudência, decisão que ilustra as novas feições das relações familiares e das novas obrigações que os pais têm com seus filhos. A constituição de novas relações conjugais não pode ser óbice para o exercício dos direitos inerentes à relação entre genitor e filho. Porém, no caso explicitado abaixo, houve a opção por manter a restrição do direito de visitas do genitor, até a produção de novas provas nos autos principais, inclusive, com a realização de estudo psicossocial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. FAMÍLIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REGIME DE VISITAS. RESTRIÇÃO DE VISITAS DO PAI. QUADRO TANGÍVEL DE ALIENAÇÃO PARENTAL. PROMOÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. FAMÍLIA MOSAICO. CONVIVÊNCIA FAMILIAR. CANAIS DE DIÁLOGO. CRESCIMENTO SADIO DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DAS VISITAS DO PAI ATÉ A REALIZAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL. 1. OS REQUISITOS ATINENTES À ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ADQUIREM COLORIDO PARTICULAR QUANDO O INTERESSE TUTELADO ENVOLVE A DIFÍCIL EQUAÇÃO RELATIVA À PROMOÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DESSE MODO, PARA FINS DE SER PRESERVADA E TUTELADA A SUA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA, É POSSÍVEL REPUTAR VEROSSÍMEIS ALEGAÇÕES AINDA QUE NÃO HAJA, ATÉ O MOMENTO PROCESSUAL DA AÇÃO PRINCIPAL, PROVAS INEQUÍVOCAS DOS INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 2. DIANTE DO DESENHO MODERNO DE FAMÍLIAS MOSAICO, FORMADAS POR NÚCLEO FAMILIAR INTEGRADO POR GENITORES QUE JÁ CONSTITUÍRAM OUTROS LAÇOS FAMILIARES, DEVEM OS GENITORES EVITAR POSTURAS QUE ROBUSTEÇAM O TOM CONFLITUOSO, SOB PENA DE TORNAR AINDA MAIS TENSA A CRIANÇA, A QUAL SE VÊ CADA VEZ MAIS VULNERÁVEL EM RAZÃO DO TOM E DA FALTA DE DIÁLOGO ENTRE OS PAIS. OS CONTORNOS DA GUARDA DE UM FILHO NÃO PODEM REFLETIR DESAJUSTES DE RELACIONAMENTOS ANTERIORES DESFEITOS, DEVENDO ILUSTRAR, AO REVÉS, O EMPENHO E A MATURIDADES DO PAR PARENTAL EM VISTA DE VIABILIZAR UMA REALIDADE SAUDÁVEL PARA O CRESCIMENTO DO FILHO. 3. A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA DÁ ENSEJO À RESTRIÇÃO DO DIREITO DE VISITAS DO GENITOR, ATÉ QUE, COM ESTEIO EM ELEMENTOS DE PROVA A SEREM PRODUZIDOS NA AÇÃO PRINCIPAL (ESTUDO PSICOSSOCIAL), SEJAM DEFINIDAS DIRETRIZES PARA UMA MELHOR CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA, O QUE RECOMENDARÁ A REDUÇÃO DO CONFLITO ENTRE OS GENITORES, BEM COMO A CRIAÇÃO DE NOVOS CANAIS QUE VIABILIZEM O CRESCIMENTO SADIO DA CRIANÇA. 4. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-DF - AGI: 20130020083394 DF 0009162-96.2013.8.07.0000, Relator: SIMONE LUCINDO, Data de Julgamento: 10/07/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 17/07/2013. Pág.: 55). (DISTRITO FEDERAL, 2013).

Na pesquisa realizada na jurisprudência brasileira, não foi localizada decisão onde ficasse caracterizada a alienação parental realizada somente pelo companheiro ou cônjuge do genitor, sendo praticada sempre em conjunto com este. Porém, para fins desta pesquisa, verificou-se que os Tribunais reconhecem a ação alienante de outras pessoas, além dos genitores.

Ainda da análise da jurisprudência apresentada neste capítulo, pode-se asseverar que todas trilham no caminho da proteção integral ao direito da convivência familiar, onde se verifica que não separara a participação do genitor dos atos de seu companheiro ou cônjuge, aplicando as sanções e medidas protetivas contra ambos.

Finalizando este capítulo, observa-se que a lei traz mecanismos eficientes para garantir a detecção, com certa segurança, da alienação parental em seus estágios iniciais, tendo o processo judicial prioridade na tramitação e flexibilidade jurídica para garantir sua eficácia e, principalmente, apresentando alternativas variadas, que tem como escopo a restauração do convívio familiar.

5 CONCLUSÃO

Objetivando a construção do presente trabalho, foi realizada a pesquisa para analisar possibilidade de ocorrência de alienação parental, quando esta é praticada pelo cônjuge ou companheiro de um dos genitores.

Para a persecução das respostas ao objetivo desta pesquisa foi analisada a entidade familiar, sua evolução no tempo, os princípios legais que regem a família e sua função social.

Também foi estudado sobre o instituto da guarda em suas diversas modalidades, o princípio do melhor interesse da criança e sobre os deveres e responsabilidades inerentes ao exercício do poder familiar.

Por fim, conheceu-se a alienação parental, seus conceitos, sua fundamentação legal, efeitos na família e na criança, seus agentes ativos e passivos e como o Estado protege a criança e inibe a ação dos alienadores.

Com o estudo conclui-se que a família, é o epicentro no qual se forma o indivíduo e, conseqüentemente, a sociedade. Esta instituição passou por diversas mutações e evoluções, adequando-se às novas realidades sociais que foram impressas nas últimas décadas. Da propriedade paterna sobre todos os membros familiares agora temos uma relação heterogênea, onde os princípios da dignidade, igualdade, liberdade e afeto pautam seu funcionamento.

Nesse sentido a família entra em uma seara de estrutura pública, apesar das relações privadas existentes internamente, em decorrência de sua função social, tendo proteção total do Estado para seu funcionamento e com mecanismos para coibir todos àqueles que cometerem infrações contra a família, sejam terceiros ou seus membros.

Quando a vida familiar é preenchida com a existência de filhos, as relações familiares mantém os princípios constitucionais inerentes à família, porém, passam a ter um novo foco, onde todas as atenções da família devem ser conduzidas às crianças, visando seu desenvolvimento sadio e harmonioso. Esta atenção recebe pela legislação a denominação de poder familiar.

Apesar da nomenclatura “poder”, o poder familiar traz em grande parte um conjunto de responsabilidades para os adultos (genitores, familiares e a sociedade em geral) em cuidarem daqueles que ainda não alcançaram a

maioridade. Este cuidado não se esvai com o fim da conjugalidade, pois as responsabilidades parentais perduram até a maioridade ou cessam com a situação extremada de suspensão ou perda judicial do poder familiar.

Com isso, cabe aos adultos suprirem os direitos fundamentais das crianças e adolescentes à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e à convivência familiar e comunitária. Sobre este último direito de toda a criança e adolescente se aprofundou o presente trabalho.

Toda criança tem o direito constitucional de conviver com sua família, entendendo-se aqui as famílias em suas mais diversas formas. Assim, deparando-se com a situação de não residir com ambos os genitores, entra-se na discussão sobre a guarda do menor.

A guarda é a obrigação de prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente e pode ser operada de três formas: guarda alternada, onde se divide a guarda da criança por períodos entre a residência de um ou outro genitor; a guarda unilateral: onde a guarda é exercida apenas por um dos genitores e a guarda compartilhada, onde as responsabilidades do poder familiar continuam existindo entre ambos, ainda que a criança fique na casa de um dos genitores.

Assim, não existindo ou encerrada a relação conjugal, a criança continua tendo seu protagonismo em continuar exercendo seu direito ao afeto familiar, mantendo os vínculos familiares.

Com a impossibilidade de convivência contínua com a criança para ambos os genitores, caberá àquele que detém a criança junto a si, proporcionar espaços para a convivência familiar da criança com o outro genitor, através do direito subjetivo da criança e irrenunciável pelos pais das visitas do genitor não guardião ao filho.

Por fim, abordou-se o tema da alienação parental, ato lesivo à saúde emocional da criança, consistindo na campanha psicológica realizada pelo alienador, com o objetivo de implantar falsas recordações, denegrir e afastar a criança ou adolescente do contato do outro genitor, com o propósito de romper os laços afetivos mantidos entre os dois.

Verificou-se minuciosamente a Lei nº 12.318/10 e seus efeitos práticos dentro de todo o ordenamento jurídico.

Prevê a lei, em seu artigo 2º, que pode ser considerado agente alienador qualquer pessoa que exerça autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente, afastando a premissa que somente aliena aquele que mantém a guarda unilateral da criança, podendo ela ser detectada nos períodos de visitas dos filhos à casa de parentes, que podem ser alienadores, tanto quanto qualquer outra pessoa que conviva com a criança ou está inserida no seu ambiente familiar.

Com isso, pode-se afirmar, com segurança, que pode o companheiro ou cônjuge de um dos genitores realizar atos de alienação parental, pois a lei amplia os agentes, incluindo quaisquer outros familiares além do genitor, podendo ser qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância.

Estando a criança na companhia do companheiro ou cônjuge do genitor, as responsabilidades recaem sobre este que, possuindo contato com a criança, pode ser enquadrado entre aqueles que exercem autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança.

Outro ponto que foi verificado foi o papel do genitor que convive com o alienador, onde se constata duas situações: a primeira, quando este instiga o alienador a realizar os atos de alienação na criança com o objetivo de mascarar a ocorrência, na tentativa de fugir das sanções impostas pela Lei.

O segundo caso é quando o genitor não participa da alienação que é promovida exclusivamente por seu cônjuge ou companheiro. Neste caso, temos uma situação de alienação parental pela via omissiva, ou seja, ainda que não exista a intenção de afastar a criança do convívio com o outro genitor, este não proíbe as ações do alienador e, com isso, devem ambos sofrer as sanções legais.

Reforçando essa posição, cabe ao genitor, constatando que o companheiro ou cônjuge esteja praticando abuso (neste caso emocional) contra os enteados, tomar todas as medidas necessárias para que cesse o abuso, pois o bem estar da criança impera sobre as relações familiares.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréia Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 12 jun. 2017.

BRASIL. **Lei 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: 11 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 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: 10 jun. 2017

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial**: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359- H) 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 20130020083394. Relatora: Des. Simone Lucindo, Distrito Federal, 10 de julho de 2013. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23666687/agravo-de-instrumento-agi-20130020083394-df-0009162-9620138070000-tjdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** 2002, tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 243 p. v. 5.

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de direito de família**. 2. ed. rev., ampl. e com remissões ao novo código civil. São Paulo: LTr, 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **Alienação parental**: a família em litígio. 2010. 162 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Psicanálise, Saúde e Sociedade)-Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção internacional dos direitos da criança**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 9 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 00384379620098190000. Relator: Des. Claudio Luiz Braga Dell Orto, Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/391803249/agravo-de-instrumento-ai-384379620098190000-rio-de-janeiro-campo-grande-regional-1-vara-de-familia/inteiro-teor-391803259>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70028674190. Relator: Des. André Luiz Planella, Villarinho, 15 de abril de 2009. Disponível em: <<http://criancafeliz.org/jurisprudencia-sobre-alienacao-parental/>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL: Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70053362943. Relatora: Des. Sandra Brisolara Medeiros, Porto Alegre, 29 de maio de 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112927985/apelacao-civel-ac-70053362943-rs/inteiro-teor-112927995>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 179103. Relator: Des. Ronei Danielli, Florianópolis, 05 de setembro de 2011. Disponível

em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20591076/agravo-de-instrumento-ai-179103-sc-2011017910-3/inteiro-teor-20591077?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 00856471220138260000. Relator: Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, São Paulo, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119587059/agravo-de-instrumento-ai-856471220138260000-sp-0085647-1220138260000/inteiro-teor-119587069?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: http://www.ebah.com.br/content/ABAAAg3_AAF/direitos-familia-silvio-salvo-venosa-2013. Acesso em: 30 mai. 2017.

VIEIRA, Larissa A. Tavares; BOTTA, Ricardo Alexandre Aneas. **O Efeito Devastador da Alienação Parental**: e suas Sequelas Psicológicas sobre o Infante e Genitor Alienado. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>>. Acesso em: 16 jun. 2017.