



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Alienação parental inserida nos processos de guarda, a violação dos direitos da criança e do adolescente e a atuação de Defensoria Pública especializada.

Orientando: Guilherme Maccioni Zanon

Orientador: Prof. Doutor Oswaldo Peregrina Rodrigues

São Paulo/SP

2022

Alienação parental inserida nos processos de guarda, a violação dos direitos da criança e do adolescente, e a atuação de Defensoria Pública especializada.

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial de graduação e obtenção de título de
BACHAREL em Direito sob orientação do
Prof. Doutor Oswaldo Peregrina Rodrigues.**

Departamento: Direito Civil

São Paulo/SP

2022

RESUMO

O presente artigo visa a realização de um estudo acerca da prática de alienação parental, seu conceito, suas consequências, em destaque nas ações envolvendo a guarda das crianças e adolescentes nas quais os genitores não visam o melhor cenário para o vulnerável, mas uma vingança pelo término do relacionamento. Desse modo, se propõe o presente estudo a analisar a criação de órgão especializado para atender esses vulneráveis, no tocante à criação de representação via Defensoria Pública, seus empecilhos e consequências práticas.

Deste modo, o presente trabalho científico buscará reunir um número suficiente de obras bibliográficas, através da pesquisa e avaliação de documentos, com enfoque doutrinário, análise normativa e jurisprudência ao decorrer da época, e novas perspectivas para o tema.

SUMÁRIO

Introdução

1. **Família**
 - a. Conceito e finalidade
 - i. Deveres e obrigações da parentalidade.....
 - b. Princípios.....
2. **Alienação parental**
 - a. Lei 12.318/20105 e visão interdisciplinar
 - b. Hipóteses de ocorrência e a violação de direitos da criança e do adolescente
 - c. Sanções aplicáveis.....
3. **Guarda**
 - a. Tentativa conceitual e evolução histórica normativa
 - b. A guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico
 - c. A guarda compartilhada como resposta eficaz à alienação parental
4. **A possibilidade de atuação da Defensoria Pública como representante legal**
 - a. A evolução histórica da prestação da assistência jurídica
 - b. Representação civil
 - c. A possibilidade e necessidade de atuação de uma Defensoria Especializada
5. **Considerações finais**
6. **Bibliografia**

INTRODUÇÃO

As relações familiares por diversas vezes se mostram complexas, fazendo com que o Direito de Famílias, o ramo que regula as relações de parentalidade, filiação e demais eixos dessa gama, caminhe a passos lentos frente à realidade social.

Estando os genitores imbuídos de deveres e direitos frente à filiação, é fundamental que estes o possam exercer de modo completo e sem obstacularização, em especial, aquelas praticadas por eles mesmos, um contra o outro, em virtude do “insucesso” do relacionamento. É fundamental que haja uma superação emocional e a separação entre a conjugalidade e a parentalidade, caso contrário incorrem na possibilidade de praticar alienação parental, ferindo gravemente direitos dos filhos em comum.

Nesse aspecto, as disputas relacionadas à guarda dos filhos após o término escancaram as práticas alienadoras, estando o ordenamento munido de normas a fim de evitar, diminuir a incidência da prática de alienação, em especial, ao garantir e determinar como regra a guarda compartilhada.

No entanto, frente à uma eventual impossibilidade de superação emocional dos ex-cônjuges e dificuldade em garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, o ordenamento estabelece figuras que assumem a responsabilidade de criação e representação dos menores a fim de assegurar-lhes a efetivação de seus direitos.

1. Família(s)

a. Conceito, finalidade e aspecto normativo histórico

i. Deveres e obrigações da parentalidade

A família vem a ser, a princípio, o primeiro agente socializador do ser humano¹, ou seja, um grupo de indivíduos os quais projetarão e passarão os conhecimentos adquiridos pelos mais velhos para os recém-nascidos, para que esse último possa aprender, ou ter, pelo menos, uma visão inicial de como se deve comportar frente a sociedade.

A estrutura familiar, historicamente, sempre existiu independentemente de um direito do qual a regulasse, trata-se de um fato natural², na qual os indivíduos por conveniência ou afeto, decidem viver conjuntamente a fim de tornar a vida mais fácil. Entretanto, as sociedades, ao optarem por criar a figura do Estado para que esse administrasse e regulasse as relações privadas, de modo conveniente e arraigado no viés religioso, esse convencionou que a melhor forma de organização da sociedade seria com a formação regulamentada do casamento.³

Desse modo, inicialmente, e com ecos até os presentes dias, a sociedade estruturou-se num modelo patriarcal, do qual o chefe, o detentor de conhecimento e tomada de decisões que envolvessem a família recaía na figura masculina. Trata-se de uma visão conservadora, mas que para a época, era fator de aceitação social e reconhecimento jurídico, tendo a igreja grande influência nesse processo.⁴

Com a evolução da sociedade, tal modelo de família patriarcal deixou de fazer sentido em face da situação fática da qual o período da revolução industrial trouxe: necessidade de maior mão de obra, fazendo com que a mulher, a qual anteriormente só ocupava a posição de dona de casa, tivesse seu ingresso no mercado de trabalho quase que mandatário, alterando a estrutura familiar de comando e tomada de decisões à medida que a figura feminina ganha mais direitos.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 14ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2021. fls. 42.

² VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Família e Sucessões - Vol. 5**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597027150. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027150/>. Acesso em: 05 out. 2022. p. 56.

³ DIAS, op. cit., p. 42.

⁴ DIAS, op. cit., p. 43.

No ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Código Civil de 1916, regulou o tema de Famílias em sua Parte Especial, Livro I, percorrendo os capítulos acerca do casamento, dos direitos e deveres do marido, dos direitos e deveres da mulher, etc. Em simples análise, é possível depreender da letra da lei a existência de diferença entre o papel do homem e da mulher nas relações familiares, trazendo uma visão discriminatória e restritiva, principalmente no tocante aos direitos das mulheres. Exemplo desse descompasso é demonstrado nos artigos 233 e 240 do CC/16, *in verbis*:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 36 e 233, nº IV).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).

Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

Art. 240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1970).

Conforme é possível observar, ao passo que o marido era intitulado como “chefe da sociedade conjugal” pela norma, competindo-lhe a representação familiar, a administração dos bens comuns e inclusive os particulares da mulher, prover à manutenção da família, a mulher, por sua vez, se incumbia da “simples” atribuição de “auxiliar nos encargos da

família”, passando para condição de “colaboradora”, terminologia posterior alterada pela Lei nº 4.121/62 e mantida pela Lei nº 6.515/70.

Assim, o casamento, único meio a época formador de família formalmente estabelecido pelo Estado, trazia estreita e discriminatória visão da família, estabelecendo papéis distintos ao casal homem e mulher, limitando-a por meio do matrimônio, sendo-lhe vedado sua dissolução.⁵ Com a instituição do divórcio pela Emenda Constitucional 09/1977 e Lei 6.515/1977 acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 se instaurou a igualdade entre homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como pela união estável entre homem e mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu nome de família monoparental.⁶

Como a realidade da sociedade sugere uma adaptação e adequação do Direito, o qual caminha nesse sentido a passos lentos, a terminologia “Direito de Família” não mais se mostra razoável frente aos diversos formatos possíveis e configurações familiares, assim como pelos vários institutos que regulam não somente as relações conjugais e conviventes, mas também as relacionadas à parentalidade, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade.⁷

Por isso, a conceituação do “Direitos de Famílias” esbarra na possibilidade de limitação à uma estrutura convencionada/padronizada, como era feita anteriormente em determinar que somente a união entre homem e mulher configurava-se entidade familiar, excluindo-se nessa linha de raciocínio as relações homoafetivas, assunto atualmente pacificado pelo Supremo Tribunal Federal pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, a qual visava o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, igualando-a às entidades familiares em direitos e deveres às formadas por casais heterossexuais.

⁵ DIAS, op. cit., p. 46.

⁶ DIAS, op. cit., p. 46.

⁷ DIAS, op. cit., p. 48.

Maria Berenice Dias⁸ afirma que, tradicionalmente, o Direito de Famílias é identificado a partir de três grandes eixos temáticos: (i) direito matrimonial - cuida do casamento, sua celebração, efeitos, anulação, regime de bens e sua dissolução; (ii) direito parental - volta-se para a filiação, adoção e relações de parentesco; e (iii) direito protetivo ou assistencial - inclui poder familiar, alimentos, tutela e curatela.

Apesar da classificação pela Autora em três grandes eixos, fato é que na prática das demandas judiciais esses ramos do Direito de Famílias se cruzam, se entrelaçam e muitas vezes, configuram nós difíceis de desatar e que acabam comprometendo as demais interações familiares.

A dissolução do casamento, seja por meio do divórcio ou da separação judicial, é um direito positivado e encontra sua base constitucional no direito à liberdade, assim como no direito à dignidade da pessoa humana. Ninguém é atualmente, pela legislação, forçado a permanecer junto a outrem caso assim não o deseje, sendo o divórcio, desta maneira, trata-se de um direito potestativo, direito esse que independe da vontade do outro cônjuge ou companheiro, dependendo somente e simplesmente do arbítrio de seu detentor.

As razões para o fim do casamento ou da união estável, quando voluntária, são diversas. Basta a ausência de *animus* na manutenção do matrimônio por um ou por ambos os cônjuges para que o laço seja desfeito. Entretanto, há um enorme problema quando a conjugalidade, ou após o término dessa, se mistura com os deveres decorrentes da parentalidade.

Embora tenha havido a separação de fato do casal, não foi efetuada a separação emocional. O ex-casal continua vivenciando sentimentos de raiva, traição, desilusão com o casamento, e uma vontade consciente, ou não, de se vingar do outro pelo sofrimento causado⁹. Com o intuito de vingança, por vezes, podem os ex-cônjuges utilizarem o(s) filho(s) como meio para atingir esse objetivo, ocasionando a violação de diversos direitos e princípios garantidos pelo Direito de Famílias.

b. Princípios

⁸ DIAS, op. cit., p. 51.

⁹ SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 21.

Conforme assevera Carlos Ari Sundfeld, a proposição de Princípio vem a ser ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se¹⁰. No mesmo sentido Celso Antonio Bandeira¹¹ de Mello em sua obra Curso de Direito Administrativo afirma que o princípio é:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo

No âmbito do Direito de Famílias, constitucionalmente há de se falar que essas instituições familiares são abarcadas pelos princípios gerais do Direito, tais quais liberdade, igualdade (decorrentes do artigo 5º da Constituição Federal), dignidade da pessoa humana, proibição de retrocesso social e proteção integral da criança e adolescente.¹² Há também os chamados princípios especiais próprios das relações familiares, devendo seguir como base os princípios da solidariedade e afetividade.

Ainda: há de se falar em princípios implícitos, ou seja, aqueles não contemplados no texto do ordenamento jurídico brasileiro mas reconhecidos, não existindo hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.¹³

Para o doutrinador Francisco Amaral, são nomeados os seguintes princípios: (a) reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (Art. 226, CF); (b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; (c) competência da lei civil para regular os requisitos, celebração, e eficácia do casamento e sua dissolução; (d) igualdade jurídica dos cônjuges (Art. 226, §5, CF); (e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 143.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 68.

¹² DIAS, op. cit., p. 62.

¹³ DIAS, op. cit., p. 63.

comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (Art. 226, §§ 3º e 4º); (f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (Art. 226, §6º); (g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (Art. 226, §7º); (h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (Art. 227, §6º); (i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança, adolescente e ao jovem, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (Art. 227, CF); (j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (Art. 229, CF) e (k) proteção do idoso (Art. 230, CF).¹⁴

Paulo Lôbo, por sua vez, entende como princípio também os seguintes: (l) verdade real da família socioafetiva. Portanto há direito à convivência familiar e direito que dela resulta;¹⁵ (m) responsabilidade familiar - é pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa, que é o campo da responsabilidade civil. Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.¹⁶

Já Flávio Tartuce, elenca ainda os seguintes princípios: (n) princípio da função social da família - as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade; (o) princípio da boa-fé objetiva - a boa-fé tem três funções plenamente aplicáveis aos institutos familiares: de interpretação (CC 113); de controle (CC 187) e de integração (CC 422).¹⁷

¹⁴ AMARAL, Francisco. Direito Constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do | Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999 p.319.

¹⁵ LÔBO, Paulo. Direito de Família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p.124

¹⁶ LÔBO, op. cit., p. 126.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único – 12. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2022.

2. Alienação parental

a. Lei 12.318/20105 e visão interdisciplinar

Conforme relatado anteriormente, o fim das relações conjugais podem interferir direta ou indiretamente nas relações de parentesco entre os genitores e os filhos, exemplo disso vem a prática de alienação parental. Trata-se de uma das dificuldades da separação conjugal, quando o casal possui filhos é o fato paradoxal de querer desligar-se de alguém que na verdade não se poderá desprender totalmente, dada a parentalidade comum.¹⁸

De proêmio, é necessário apontar a diferença entre alguns termos correlatos, porém diversos. A alienação parental, pelo ordenamento jurídico brasileiro, é regida atualmente pela Lei 12.318/2010, a qual considera como prática de alienação parental o disposto em seu artigo 2º, caput, *in verbis*:

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

O texto normativo demonstra que o Alienador, o indivíduo o qual pratica a alienação, pode vir a ser um dos genitores da criança ou do adolescente, no entanto, deixa claro que a prática não se restringe à esses, mas também abarca como agente(s) alienador(es) quando praticados pelos avós ou por indivíduo do qual a criança ou adolescente estejam sob autoridade, guarda ou vigilância, ou seja, qualquer indivíduo membro da família. A prática de alienação objetiva, assim, afastar, deslegitimar e impedir a manutenção do vínculo afetivo entre um dos genitores e seu(s) descendentes, vindo a causar interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente.

O campo da psicologia e psiquiatria já estudavam a prática por meio da Síndrome da Alienação Parental (SAP), a qual gerou diversos estudos, sendo um deles o promovido por Richard Gardner, professor de psiquiatria infantil pela Universidade de Columbia. Para o pesquisador, a SAP vem a ser um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas

¹⁸ SOUSA, op. cit., p. 22.

em torno da custódia infantil, tendo como primeira manifestação uma campanha de pejorativa da figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificação. Essa síndrome resulta, segundo o pesquisador, da combinação de um programa de doutrinação dos pais juntamente com a contribuição da própria criança para envilecer a figura parental que está na sendo vítima da alienação.¹⁹

Caio Mario ressalta que:

*deve-se observar que parte da comunidade científica ainda não reconhece a existência de uma verdadeira 'síndrome', defendendo a necessidade e serem realizadas novas pesquisas na área. Dessa forma, importa destacar que a Lei nº 12.318 trata de Alienação Parental, e não propriamente da Síndrome, que pode ou não atingir crianças vítimas dos atos de alienação.*²⁰

Como exposto, a prática interfere na formação psíquica da criança, e por vezes também do genitor vítima da alienação, o que viola o direito da pessoa humana à dignidade, vez que é direito de todos o crescimento físico, emocional e psíquico, principalmente dos mais vulneráveis.

Portanto, as alegações de prática de alienação parental devem ser observadas com extrema cautela pelo Poder Judiciário visto que possivelmente incorrem em grande dano psíquico à criança. Assim, faz-se necessária a participação de outros setores das ciências humanas como a psicologia, assistência social, psiquiatria, todo um aparato multidisciplinar aliado ao Direito para a realização de perícia de modo a verificar se a situação apresentada se configura de fato.

b. Hipóteses de ocorrência e violação da de direitos da criança e do adolescente

O legislador ao formular o texto normativo buscou elaborar um rol meramente exemplificativo de condutas promovidas pelo alienador que podem caracterizar a prática.

¹⁹ "The parental alienation syndrome (PAS) is a disorder that arises primarily in the context of child custody disputes. Its primary manifestation is the child's campaign of denigration against a parent, a campaign that has no justification. It results from the combination of a programming (brainwashing) parent's indoctrination and the child's own contributions to the vilification of the target parent.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Direito de Família. vol. V. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

Trata-se de prevenção e proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente, visto as inúmeras possibilidades e complexidades atinentes à estrutura familiar e de convivência.²¹

Nessa toada, os incisos I ao VII do parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010 exemplificam hipóteses nas quais se configuram a prática de alienação parental: (I) realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade - a reiterada ideia passada à criança de que um dos genitores não têm as qualificações necessárias para ser pai ou mãe, é criada uma falsa percepção do infante frente à capacidade do genitor vitimado, podendo inclusive afetar o próprio adulto alvo da alienação, fazendo com que esse questione sua própria qualidade parental; (II) dificultar o exercício da autoridade parental - diferentemente do afirmado por Maria Helena Diniz²², a “educação da prole” não é finalidade do casamento, mas da parentalidade.

Portanto, apesar do núcleo familiar não ser mais o tradicional, ainda é direito dos pais exercerem sua autoridade parental em face da criança de modo a educá-lo, impor limites, etc. Quando um dos genitores constantemente acusar o outro de que somente a criança somente deve obedecer aos seus ditames, isso retira a “legitimidade” parental do vitimado; (III) dificultar contato de criança ou adolescente com genitor - importante frisar que uma eventual recusa esporádica da criança em contactar um de seus genitores, por exemplo, não pode ser classificado como prática de alienação parental.

É preciso que o genitor que eventualmente estaria sofrendo com a alienação seja constantemente privado de entrar em contato com seu filho, impedido de realizar ligações telefônicas, ligações por vídeo chamadas, etc.; (IV) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar - trata-se de direito da criança e dos genitores à estabelecem laços e de convivência, direito esse desrespeitado pela prática de alienação.

Assim como no inciso anterior, os doutrinadores Georgios Alexandris e Fábio Viera Figueiredo asseveram que eventual recusa injustificada do filho em se encontrar com o seu genitor no dia de visita não configura, necessariamente, a prática de alienação parental. No entanto, nas hipóteses em que o genitor que detém da guarda se depara com a situação de

²¹ SOUSA, op. cit., p. 59.

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – volume 5: direito de família** – 35. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 54.

recusa injustificada da criança e deixa de estimular a convivência com o outro genitor, tomando uma conduta passiva, é possível alegar a realização da prática se de modo reiterado.²³

Outrossim, ressalta Kristina Wandalsen que a alienação também pode ser promovida nesses casos de modo mais ativo:

“É frequente ainda o genitor alienante colocar-se em posição de vítima, perpetrando chantagem emocional para sensibilizar a criança e tê-la só para si. A criança é induzida a acreditar que, ao se encontrar com o genitor vitimado, estará traindo quem realmente dela se ocupa. Trata-se de mais uma manobra ardilosa para excluir o genitor vitimado. O alienante não imagina o sofrimento a que a criança é submetida ao ter que escolher entre as duas pessoas que mais ama na vida, ou se disso tem ideia, a crueldade da atitude revela-se ainda maior.”²⁴

O artigo 2º em questão ainda aduz as seguintes hipóteses: (V) Omitir deliberadamente genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço - o dever de cuidado imbuído aos pais, como aludido anteriormente, não deixa de existir com o fim da relação conjugal. São relações diferentes.

Desse modo, com a omissão deliberada do genitor alienador acerca da rotina escolar, saúde e demais aspectos importantes da vida da criança, podendo acarretar para ele (menor) o sentimento de abandono, cuja consequência posterior estará na repulsa desse com um dos genitores.²⁵; (VI) apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente - frente a uma alegação desse gênero, é suma importância cautela na condução do processo judicial, em especial quando as denúncias se referem à prática de maus-tratos ou de abusos sexuais, por exemplo. Mônica Guazzelli aduz:

²³ ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental** - 3ª ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

²⁴ WANDALSEN, Kristina. **Direito e psicologia: um diálogo necessário em direção à justiça nos conflitos familiares**, 2009, p.82.

²⁵ ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. op. cit., p. 62.

“a falsa denúncia de abuso retrata o lado mais sórdido de uma vingança, pois vai sacrificar a própria prole. entretanto, é situação lamentavelmente recorrente em casos de separação mal resolvida, onde se constata o fato de que muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe o sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande.”²⁶

Ao se deparar com uma denúncia desse magnitude, abuso sexual ou maus-tratos, deve o juiz por cautela restringir ou suspender o direito de visitação do acusado temporariamente. Trata-se de uma intervenção judiciária necessária a fim de manter a integridade física e psicológica, em consonância com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/1990, em seu artigo 4º.

Também há de se levar em conta que muitas vezes, a prática “de alienação parental”, na verdade, é realizada justamente para proteger a criança, ou seja, um dos genitores impede o contato do outro pois de fato está ocorrendo, por exemplo, abusos sexuais por parte da suposta vítima de alienação. Por isso, é de extrema importância a apresentação de provas pelas partes e de análise pericial multidisciplinar nesses casos. Vindo a denúncia ser mentirosa, a parte que faltou com a verdade pode responder nos termos do artigo 339 do Código Penal por denúncia caluniosa, assim como sofrer sanções determinadas pela Lei 12.318/10.

Por fim, o artigo 2º ainda prevê ser alienação parental: (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.

Assim, conforme exposto, é de meridiana clareza que tal prática viola o direito da criança, indivíduo vulnerável e que detêm de proteção integral da sociedade, do Estado e da família ao convívio familiar, inclusive em relação aos avós, atentando contra ao princípio de uma vida digna, sendo contrária à vigência constitucional na qual prevê em seu artigo 1º, III como base de um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao direito de convivência, Silmara Chinellato assim aduz:

²⁶ ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. op. cit., p. 63.

“O direito à convivência familiar, consagrado na Declaração sobre os Direitos da Criança, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, por si só já embasaria o direitos dos avós de visitar os netos, durante a sociedade conjugal ou união de seus pais ou após a separação e divórcio ou dissolução da união estável. Na ruptura da sociedade conjugal ou da união estável a presença dos avós pode ter papel fundamental para o resgate do equilíbrio das relações familiares (...)”²⁷

Tal mandamento constitucional foi observado pelo legislador na criação da Lei 12.318/10, vez que em seu artigo 3º determinou que a prática fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudicando a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constituindo abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

c. Sanções

De modo a tentar impedir essa grave violação, a referida Lei buscou estabelecer sanções nas hipóteses de configuração da prática, podendo o juiz, cumulativa ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, de acordo com a gravidade do caso: (I) advertir o alienador; (II) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; (III) estipular multa ao alienador; (IV) determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, devendo ser submetido a avaliações periódicas com emissão de pelo menos um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento; (V) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; (VI) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; - de acordo com o artigo 6º da norma em comento.

Ainda, caso seja caracterizado mudança abusiva de endereço da criança por parte do genitor alienador, impedindo ou dificultando à convivência familiar, poderá o juiz determinar

²⁷ ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. op. cit., p. 49.

a inversão da obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Importante ressaltar que o maior objetivo nessas demandas judiciais é cessar a prática de alienação parental visto que essa é demasiadamente danosa à criança ou ao adolescente. Por isso, pode o juiz se valer de uma ou mais medidas conjuntamente previstas no artigo 6º, assim como outras medidas aplicadas que julgarem ser pertinente mas que não se encontram expressas na norma, a fim de evitar os danos decorrentes do ato alienador.

3. Guarda

a. Tentativa conceitual e evolução histórica normativa

Para Silvana Maria Carbonera a guarda vem a ser:

*instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial*²⁸

Historicamente o instituto da guarda sofreu diversas alterações à medida que as relações sociais de gênero se transformavam e exigiam um novo olhar acerca da parentalidade e tutela das crianças e dos adolescentes.

O Decreto-Lei nº 180/1890 apresentava critérios objetivos acerca da temática, não levando em conta os melhores interesses dos filhos. O termo há época sequer era guarda, palavra que nos remete ao significado de zelo, proteção e cuidado, sendo empregado a terminologia “posse” para as relações entre pais e filho, como se esse último fossem equiparados a objetos. O texto assim trazia²⁹, *in verbis*:

²⁸ CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos – Na família constitucionalizada**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 64.

²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada - Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890 - Publicação Original**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 24.10.2022.

DA POSSE DOS FILHOS

“Art. 95. Declarado nullo ou annullado o casamento sem culpa de algum dos contrahentes, e havendo filhos communs, a mãe terá o direito à posse das filhas, enquanto forem menores, e a dos filhos até completarem a idade de 6 annos.

Art. 96. Si, porém, tiver havido culpa de um dos contrahentes, só ao outro competirá a posse dos filhos, salvo si o culpado for a mãe, que, ainda neste caso, poderá conserval-os comsigo até a idade de 3 annos, sem distincção de sexo.

...

Art. 98. Fica sempre salvo aos paes concordarem particularmente sobre a posse dos filhos, como lhes parecer melhor, em beneficio destes.

(g.n.)

Depreende-se da norma que na hipótese do casamento ser nulo ou anulado, inexistindo culpa por nenhuma das partes pela nulidade, e havendo filhos em comum a mãe terá direito à posse das filhas enquanto essas não atingirem a maioridade civil e a dos filhos até que esse completem a idade de 6 anos, a partir dessa idade, passariam a ser “posse” da figura paterna. Havendo culpa de um dos genitores pelo fim do casamento, o cônjuge “inocente” deterá a posse dos filhos, ressalvada a hipótese de que quando a culpada for a mulher essa poderia ficar em posse dos filhos e filhas até que estes atingissem 3 anos de idade.

Importante lembrar que o contexto histórico era predominante patriarcal e machista. Desta maneira, apesar da norma contemplar a possibilidade de ambos os cônjuges serem culpados, ou permitir a livre estipulação entre a posse dos filhos entre os cônjuges após a anulação, a culpa recaía majoritariamente na figura feminina.

O Código Civil de 1916 manteve parcialmente o entendimento do Decreto nº 180/1890. Diferentemente do Decreto, o CC/16 já contemplava a figura do desquite e não se utilizava o termo “posse”, adotando agora a nomenclatura “guarda”. Outrossim, percebe-se pela nova legislação que essa passou a zelar pelo bem estar da criança e do adolescente ao possibilitar a interferência judiciária, vide motivos graves, regulando diferentemente a guarda prevista nos artigos 325 e 326 do código civilista supracitado. No mesmo sentido protetivo, assegura uma maior proteção jurídica e emocional, se comparada anteriormente, às genitoras ao dispor que caso estas venham a contrair novas núpcias, não perderão o direito de ter

consigo os filhos, excetuando-se quando o padrasto não zelar adequadamente pelo bem dos menores, conforme abaixo:

Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos. (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977)

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais. (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977)

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro. (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977)

...

Art. 329. A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente (art. 248, n. I, e 393).

(g.n.)

Nova alteração legislativa foi feita no CC/16 quando do surgimento do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62. O novo texto determinava que na hipótese de ambos os cônjuges serem culpados pelo fim do casamento, a mãe, via de regra, ficaria encarregada do dever de guarda, salvo se fosse verificado pelo juiz que tal medida poderia significar prejuízo de ordem moral para eles. Caso constatado que a prole não deveria ficar sob a guarda da mãe, tampouco do pai, a norma autorizava ao juiz a concessão da guarda dos menores à pessoa “notoriamente idônea da família de qualquer um dos cônjuges”, sendo assegurado o direito de visita pelos genitores.

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962) (Revogado

pela Lei nº 6.515, de 1977)

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

(Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977)

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

(Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977)

Com o advento da Lei do Divórcio - Lei nº 6.515/77, a inovação referente ao assunto se deu nas hipóteses da separação judicial decorrente de conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, tornando a vida em comum insuportável (Art. 5, “caput”). Provado a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição (§1º, Art. 5º) a guarda ficará ao cônjuge que já cuidava do menor. Se decorrente de grave doença mental, manifestada após o casamento por um dos cônjuges sendo considerada incurável após 5 (cinco) anos (§2º, Art. 5), a guarda recairá ao cônjuge que apresenta faculdade mental apta ao pleno exercício da parentalidade.

Art 11 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Uma crítica ao disposto no §1º do Art. 10 recai sob o entendimento de que, pela norma, a posição da mãe era considerada mais adequada para ficar com a guarda dos filhos menores, sendo tal compreensão alterada posteriormente pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.³⁰

³⁰ MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes. **A guarda compartilhada como uma resposta eficaz à alienação parental: uma visão multidisciplinar** - 1ª.ed - Belo Horizonte: Artesã, 2018. p. 89.

Art 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa adv prejuízo de ordem moral para eles.

Portanto, historicamente, como já relatado, a guarda dos filhos pertencia aos pais até o período da Revolução Industrial, em decorrência de uma cultura patriarcal. Após esse marco histórico e com uma maior participação laboral masculina nas fábricas e oficinas e cada vez menos junto do âmbito familiar, a guarda passou a ser atribuída às mães, que, frequentemente, viam-se sobrecarregadas com as tarefas domésticas e a educação dos filhos por serem anteriormente colocadas como administradoras do lar.³¹

Entretanto, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, foi necessário que o homem assumisse, ainda que proporcionalmente menor devido à cultura do machismo, atribuições ligadas à criação dos filhos e manutenção do lar, fato que levou a um maior interesse em participar da vida dos filhos.

Assim, a Constituição Federal de 1988, a fim de atender aos anseios da população, determinou em seu artigo 226, §5º que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Uma vez estabelecida a igualdade de deveres e direitos entre os cônjuges, tal previsão constitucional possibilitou a criação da figura da guarda compartilhada, vez que até então, somente se vislumbrava a possibilidade de guarda unilateral. Essa nova modalidade de guarda surgiu junto da Lei nº 11.698/2008, introduzida no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.583, determinando que “A guarda será unilateral ou compartilhada”, diferentemente da redação anterior que somente admitia a guarda unilateral, estabelecida ou por conveniência entre os cônjuges ou atribuída a quem revelasse ter melhor condição para exercê-la judicialmente.

Por guarda unilateral, o artigo 1.583 do Código Civil/2002 em seu §1º conceitua como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (Art. 1.584, §5º). A

³¹ MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes. op. cit. p. 89.

compartilhada, por sua vez, também destrinchada no mesmo parágrafo, vem a ser aquela de responsabilização conjunta dos genitores, sendo-lhes imputados e garantido 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.

Há, pelo CC/2002, as seguintes possibilidades de determinação da modalidade de guarda, conforme artigo 1.584, incisos I e II: (i) requerida consensualmente pelos genitores ou por pelo menos um desses, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; ou (ii) decretada por juízo, atentando-se o magistrado às necessidades do menor, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com ambos os genitores.

Independentemente do tipo de guarda figurada, fato é que o CC determina um dever de supervisão dos genitores aos interesses do filho em comum, garantindo-lhes legitimidade para solicitar informações e ou requerer prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. A legislação civilista, de modo a garantir e assegurar uma maior participação do genitor não guardião, reforçou essa ideia em seu Art. 1.583, §5º, no tocante às guardas unilaterais.

Na guarda compartilhada, a norma estipula que o tempo de convivência com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (§2º, Art. 1.583, CC). Assim, não há de se falar em uma divisão exata de tempo, vez que tal imposição seria desarrazoada e faticamente inviável de se concretizar.

Sempre que se fala do convívio familiar da criança é importante registrar que esse dever ocorrer de modo saudável e equilibrado. Trata-se de um direito dos familiares (genitores, avós, etc.) mas principalmente do menor. O Enunciado nº 333, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal - CJF afirma que “o direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculos afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”³².

³² BRASIL. Conselho da Justiça Federal - CJF. **IV Jornada de Direito Civil: Enunciado 333**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/355>. Acesso em 19.10.2022.

Na hipótese de descumprimento imotivado ou alteração não autorizada de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, tal fato poderá implicar em uma redução de prerrogativas atribuídas ao detentor (§4º, Art. 1.584, CC). Trata-se de medida que visa desestimular a obstaculização do direito de convivência entre genitor e filho.

Tendo como base o previsto no artigo 227 da CF/88 de que o Estado assegura à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade diversos direitos fundamentais, sociais e humanos, é possível afirmar que a instituição família pode ser alvo de interferência estatal quando necessária. O artigo 1.513 do CC/02 assim comprova tal assertiva ao afirmar ser defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Nada mais é que o princípio da mínima interferência estatal no núcleo familiar, a fim de garantir e assegurar o respeito aos direitos dos menores.

Desta maneira, assim como previsto no CC/16, o atual código possibilita ao juízo deferir a guarda a uma terceira pessoa quando verificar que o menor não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, vindo a ser escolhida pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

O ECA dispõe em seu artigo 33º essa possibilidade 33: *“A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”* (g.n.)

b. A guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico

Como visto, pela tentativa de definição anterior, a guarda é o instituto jurídico através do qual se atribuiu a uma pessoa, *in casu*, o guardião, uma gama de direito e deveres, que devem ser exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento daquele colocado sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial. Entretanto, essa definição é falha ao determinar que seja atribuída a somente um indivíduo o dever de guarda.

Atualmente, a guarda compartilhada vem a ser a opção ideal para atender as

necessidades dos filhos. Tal opção decorre do fato de que a guarda compartilhada deve ser entendida como uma divisão, um compartilhamento de atribuições parentais, na qual, em tese, teria o menor uma criação mais completa pois nenhum dos genitores estaria incumbido de tal responsabilidade sozinho. É justamente a concepção de que o ser humano é um ser coletivo e ao se organizar em sociedade, busca uma melhor qualidade de vida a todos os envolvidos.

É o que determina o Código Civil de 2002 sobre o assunto:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.
(g.n.)

De mais a mais, tal imperativo normativo é observado e respeitado pela Jurisprudência, conforme a ementa abaixo:

APELAÇÃO – GUARDA COMPARTILHADA – Regra legal, em detrimento da guarda unilateral – Art. 1.584, § 2º, do CC – Ambos os genitores em condições de exercerem a guarda – Inexistência de óbice à guarda conjunta no caso concreto – Sentença mantida - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.
(TJ-SP - AC: 10041106920208260278 SP 1004110-69.2020.8.26.0278, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 22/06/2022, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/06/2022)

No processo em questão, a genitora insurge-se contra a r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, que veio a determinar a guarda compartilhada de seus dois filhos. Irresignada, a genitora alegava que o pai nunca demonstrou interesse pelos menores, tampouco os visitava, requerendo dessa forma a reforma do julgamento de modo a determinar somente a guarda unilateral materna.

Entretanto, corretamente foi julgado acórdão pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinando a manutenção do quanto disposto na

sentença. Como bem pontuado pelo Tribunal, a guarda compartilhada passou a ser a regra legal contida no artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, devendo essa ser observada quando do divórcio entre os genitores, reservando-se a guarda unilateral apenas para situações extraordinárias. Conforme se depreendeu-se dos autos, as alegações da genitora não encontravam base vez que desde em sede de contestação o genitor combatia a ideia de guarda unilateral dos filhos.

É de suma importância conscientizar cada vez mais a população no geral, e em especial os genitores que lidarão com as questões de guarda, que a decisão de qual modalidade tomar reflete uma dicotomia entre melhor/pior parentalidade, ou seja, um dos genitores acredita que é melhor que a criança esteja somente consigo pois assim teria uma vitória em detrimento do “fracasso” pelo término da relação. As disputas e escolha de guarda não devem ser estimuladas e concebidas como uma disputa de egos, é preciso impedir o pensamento de que o filho se torne um troféu de consolo perante o insucesso do relacionamento.

Verônica A. da Motta, Cesar Ferreira e Rosa Maria Stefanini de Macedo, no mesmo sentido, assim afirmam³³:

“A percepção de que o individualismo presente nos tempos que ocorrem pode induzir pais separados a se distanciarem nos cuidados conjuntos com os filhos e a desconsiderarem sua autoridade parental como direito e dever de ambos e, assim, darem à guarda importância maior compartilhada como reforço à memória de que pais são para sempre e de que o desenvolvimento biopsicossocial dos filhos é função deles.”

c. A guarda compartilhada como resposta eficaz à alienação parental

Levando-se em conta que a guarda compartilhada tem como meta a responsabilização conjunta dos genitores na criação dos filhos, garantindo-lhes direitos e deveres iguais mesmo que não vivam sob o mesmo teto, visando uma maior convivência comum e saudável, esse

³³ MOTTA, Verônica A. da; FERREIRA, Cesar; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: comentário à lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008. p. 168.

tipo de guarda vem a ser uma resposta eficaz contra à prática de alienação parental, se observada alguns pontos.

Como mencionado anteriormente, o §2º do inciso II do artigo 1.584 do CC/02 afirma "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada". O dispositivo em questão visa evitar, em se tratando de genitores em conflito, que seja fixado um "guardião da guarda", ou seja, tem como escopo garantir maior tempo de convivência de ambos os genitores com a criança, o que, em tese, impediria que um desses munido da guarda física pudesse influenciar demasiadamente a criança contra o outro de modo pejorativo, o que poderia vir a configurar um quadro de Síndrome de Alienação Parental³⁴.

Nos casos em que a guarda é unilateral, o genitor que a possui apresenta "um poder de fogo", tal qual, a maior possibilidade e chance de eventual prática de alienação parental, visto que, apesar do dever de supervisão do outro cônjuge que não convive diariamente, a criança passar maior tempo com o genitor alienador. Nesta perspectiva, o genitor "guardião" possui a responsabilidade quase que exclusiva nas decisões acerca do bem estar da criança, restando ao outro genitor "não guardião" as funções de "provedor", de "supervisão" e "visita".³⁵

Tal perspectiva, a de primazia pela guarda compartilhada, é considerada como eficaz contra à alienação parental ao passo que desmistificada a imagem do "genitor não guardião" ao possibilitar maior convivência entre esse último e o menor da imagem mero "visitante, supervisor ou provedor".

A "guarda compartilhada" tende a inibir a prática da Alienação Parental contra o "genitor não guardião", no entanto, não a impede. Essa modalidade reduz as possibilidades da prática, dificultando que os filhos possam ser usados como "armas" ou como "moeda de troca" nas relações entre os ex-companheiros.³⁶

Países como Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra adotam o estabelecimento compulsório da guarda compartilhada, uma vez que entendem que essa modalidade é mais

³⁴ MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes. op. cit. p. 105.

³⁵ MONTAÑO, Carlos. **Alienação Parental E Guarda Compartilhada**. - 2ª Ed. – CIDADE: Lumen Juris, 2019. p. 124-125

³⁶ MONTAÑO. op. cit. p. 127.

adequada do que a unilateral, vez que há uma redução dos efeitos negativos sentidos pelos filhos em relação à separação dos pais, modelo que favorece um maior contato entre genitores e prole.³⁷

Há de se observar, no entanto, que a norma brasileira ao afirmar "quando não houver acordo" entre os genitores, parte de um pressuposto de divergência saudável e natural de todo ser humano, e não uma situação beligerante, hipótese em que não seria possível a fixação da guarda compartilhada.³⁸

Essa situação de divergência extrema obviamente não leva em consideração os reais interesses da criança e do adolescente pois os genitores estão mais preocupados na disputa entre si do que com o bem estar do menor. Desta forma, há a predominância do sentimento de vingança em decorrência de questões emocionais mal resolvidas com o término do casal, ofuscando os deveres da parentalidade e prejudicando o desenvolvimento saudável do menor.

Nesses casos mais conflituosos e que os genitores não conseguem manter um mínimo de respeito, a guarda unilateral vem a ser a solução mais adequada. Impende recordar que a guarda estabelecida sempre pode ser revista pelos genitores, seja de modo consensual ou mediante determinação judicial.

É natural e compreensível a aversão inicial do casal ao fim do relacionamento em querer garantir uma certa distância física e emocional um do outro, ainda mais quando o término carrega carga emocional muito grande. No entanto, é importante que os genitores não depositem e projetem essa necessidade de afastamento nos filhos e busquem manter um mínimo de diálogo e respeito, recorrendo se necessário à ajuda de outros ramos das ciências humanas como a psicologia, por exemplo. Com o passar do tempo e ajuda profissional correta, esperasse que os genitores superem as questões do término ou que, pelo menos, não a utilizem como arma a fim de minar a relação do outro genitor com o filho em comum.

Percebe-se que, em muitos casos, quando a guarda compartilhada é estipulada em situações nas quais os genitores ainda não superaram emocionalmente o término e

³⁷ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 432.

³⁸ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 128.

encontram-se em conflito extremo, além de causar estresse e desgaste ainda maior ao próprio casal, também resulta as mesmas mazelas aos filhos, os quais constantemente presenciam e sofrem ao verem seus pais, indivíduos esses que os amam, em conflito.³⁹

Logo, não é necessário haver afinidade entre os genitores, pois ambos precisam ou querem encontrar novos parceiros para compartilhar a vida, no entanto, é imprescindível que haja um mínimo de respeito e diálogo pois apesar de não serem um casal afetivo, permanece a condição de pai e mãe e devem pensar no melhor interesse para os filhos em comum.

4. A possibilidade de atuação da Defensoria Pública como representante da criança

a. A evolução histórica da prestação da assistência jurídica

Antes de verificar a possibilidade de atuação da Defensoria Pública como representante da criança em demandas judiciais, é importante permear a evolução histórica da prestação da assistência jurídica no cenário brasileiro e em seu ordenamento jurídico.

Inicialmente, a primeira Constituição Federal brasileira à versar sobre o assunto foi a de 1934, a qual previa o instituto da assistência judiciária em seu artigo 113, inciso XXXII, cabendo a União e os Estados promoverem essa função assistencial. Assim dispunha a Constituinte de 1934:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

A Constituição de 1937, em contrapartida, nada versava sobre a assistência judiciária. Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes, em sua obra, afirma que em se tratando de período de regimes ditatoriais, a democracia é abalada, e dessa forma, se deixada em segundo plano como no período em que Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937, a assistência

³⁹ MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes. op. cit. p. 106.

judiciária e a garantia dos direitos fundamentais são minimizadas.⁴⁰ Desta maneira, o autor estabelece que num Estado democrático, maior é a garantia dos direitos fundamentais e a consolidação da Defensoria Pública.

Porém, mitigando a ausência de previsão constitucional, o legislador ordinário previu, no Código de Processo Civil de 1939 (arts. 68 e seguintes), disciplina acerca da justiça gratuita.⁴¹ O CPC de 1939, dessa forma previa que o benefício compreenderia a isenção das taxas judiciárias, selos, emolumentos e custas processuais, despesas com as publicações de jornais encarregados da divulgação dos atos oficiais, indenizações devidas a testemunhas e também dos honorários de advogado e perito.⁴²

A Constituição de 1946 criada logo após o período antidemocrático, em seu artigo 141, §35, estabelecia que “o Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. Para Frederico Lima, “a Constituição de 1946 foi mais concisa, abrindo a previsão apenas para a existência da assistência judiciária, remetendo ao legislador infraconstitucional todo o trabalho de desenvolvê-la”.⁴³

Assim, delegada ao legislador infraconstitucional o papel de desenvolver lei que versava acerca da assistência judiciária, foi criada a Lei nº 1.060/1950, que veio a implantar o referido sistema, determinando a gratuidade dessa.

Cleber Francisco Alves, em sua doutrina, afirma que “o preceito do art. 141, § 35, da Constituição Federal de 1946, e as normas estabelecidas na Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, levaram muitos dos Estados brasileiros a editarem leis criando serviços públicos de assistência judiciária, onde ainda não existiam, ou adaptando aqueles já existentes às novas regras estabelecidas no âmbito federal”.⁴⁴

⁴⁰ GOMES, Marcos Vinicius Manso L. **Defensoria Pública – Ponto a Ponto - Direitos Humanos e Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611010/>. Acesso em: 24 out. 2022.

⁴¹ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria pública**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 18.

⁴² CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p. 26 e 27.

⁴³ LIMA, op. cit., p. 19.

⁴⁴ ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 246.

As Constituições de 1967 e de 1969, por sua vez, não trouxeram alterações significativas quanto ao assunto, destacando-se o artigo 150, § 32, da CF/67, o qual ressaltava que seria concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988, onde surgiram as novas bases e fundamentos para a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.⁴⁵

No mesmo sentido leciona Guilherme Barros:

*“a Constituição da República de 1988 apresenta um extenso rol de direitos e garantias fundamentais em seu art. 5º, com destaque para o inciso LXXIV, que estabelece o dever do Estado de prestar ‘assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’”. Ainda alude o referido autor que “para atender a esse direito fundamental, a Constituição de 1988 previu expressamente a instituição da Defensoria Pública, outorgando-lhe a missão de prestar serviços jurídicos aos necessitados”.*⁴⁶

A CF/88, assim determina em seu artigo 134:

*“Art. 134. A Defensoria Pública é **instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.**”*
(g.n.)

A Lei Orgânica da Defensoria Pública no Brasil, criada em 1994, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, assim como dá outras providências.

As inovações trazidas pela Lei Complementar nº 132/2009 são muito bem resumidas por José Augusto Garcia de Souza: (a) nova definição para a Defensoria Pública como

⁴⁵ GOMES. op. cit.

⁴⁶ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 9, p. 20 (Coleção Leis Especiais para Concursos).

“instrumento do regime democrático”, ligada visceralmente à promoção dos Direitos Humanos; (b) posituação dos “objetivos da Defensoria Pública”, começando pela **“primazia da dignidade da pessoa humana** e a redução das desigualdades sociais”; (c) a ampliação das funções institucionais, com ênfase na atuação extrajudicial e na tutela coletiva; (d) **a extensão das chamadas funções institucionais “atípicas”, comprometendo-se a Defensoria com “grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do estado”** e com pessoas vitimadas por formas graves de opressão ou violência, independentemente da situação econômica individual; (e) a enumeração de direitos dos assistidos pela Defensoria Pública, com a previsão de audiências públicas para o planejamento das ações institucionais e, no tocante especificamente às Defensorias estaduais, o estabelecimento de ouvidoria externa, outra medida de vanguarda entre as corporações jurídicas brasileiras; (f) a reformulação de inúmeras normas relativas à Defensoria Pública da União⁴⁷

Conforme observado, a atuação da Defensoria Pública visa a proteção dos direitos fundamentais e humanos da população, em especial daquela mais vulnerável a qual necessita assistência jurídica prestada por esse órgão público a fim de assegurar seu acesso à justiça e efetivação de seus direitos. Além disso, a Defensoria tem seu espectro de atuação além da esfera jurisdicional, a função do defensor público nesse sentido atua como verdadeiro agente político de transformação social por meio da educação em direitos, dando incremento para o pleno exercício da cidadania e melhores possibilidades de controle de políticas públicas, visto que esse trabalha regime de dedicação exclusiva para alcançar os objetivos da instituição e desempenha atuação estratégica na busca de solução para os problemas individuais e sociais.⁴⁸

b. Representação civil

O Código Civil de 2002 determina que os indivíduos que nascem com vida são munidos de personalidade os quais lhe são garantidos a partir desse momento certos deveres e direitos, sendo inclusive alguns direitos já assegurados ao nascituro. Assim, afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.⁴⁹

⁴⁷ Resumo elaborado por José Augusto Garcia de Souza na apresentação da obra de sua coordenação uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. xi.

⁴⁸ GOMES. op. cit.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral - 16. ed. - São Paulo> Saraiva Educação, 2018.

Entretanto, nem todos os indivíduos apresentam essa capacidade para ser titular de seus direitos de fato, também denominada como capacidade de ação ou exercício, que vem a ser possibilidade de, por si só, reger os atos da vida civil. “Incapaz” é o termo denominado ao indivíduo que não pode exercer direta e pessoalmente seus direitos, exigindo, para isso, a participação de terceiro que o represente ou assista.

A incapacidade pode vir a ser absoluta ou relativa. No primeiro caso, o CC/02 determina em seus artigos 3º que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”, ao passo que à respeito dos relativamente incapazes (Art. 4, incisos I a IV do CC/02), os quais são impedidos de exercerem certos atos ou à maneira de exercê-los, vem a ser os indivíduos maiores de 16 (dezesesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos.

Desta maneira, os menores de 16 (dezesesseis) anos não podem exercer por conta própria seus direitos, apesar de serem detentores desses, sendo necessário alguém que assim os represente. O artigo 1.634, VII do CC/02 determina, como forma de efetivação dos direitos dos menores, que os filhos sejam representados por seus genitores nas demandas judiciais ou extrajudicialmente nos atos da vida civil, independentemente da situação conjugal, em decorrência do pleno exercício do poder familiar. Trata-se da regra estabelecida pelo ordenamento.

Contudo, há situações das quais o menor não poderá ser representado por seus genitores, como quando houver a destituição do poder familiar ocasionado pelo falecimento dos pais, pela emancipação do menor nos moldes da lei, quando atingida a maioridade pelo adolescente, pela adoção ou por decisão judicial, conforme previsto no artigo 1.635 do CC/02.

Nos casos de perda do poder familiar do pai ou da mãe por decisão judicial, o artigo 1.638 do CC/02 que essas hipóteses decorrem de castigo imoderado ao filho, abandono desse, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, incidir reiteradamente nas faltas previstas no artigo antecedente - artigo 1.637, CC/02, que consistem em abuso de autoridade

parental, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos -, assim como entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

O parágrafo único do artigo 1.638 ainda determina que perderá o poder familiar, por ato judicial, aquele que praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. Do mesmo modo, há a perda do poder familiar aquele que praticar contra filho, filha ou outro descendente a hipótese prevista em (a) ou (c) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

No mais, existem outras hipóteses de impossibilidade de representação do menor pelos genitores se dá quando esses estiverem ausentes ou impossibilitados de representá-lo adequadamente, ou, ainda, quando existir colisão de interesses entre os genitores e os filhos.

Deste modo, tais cenários correspondem a exceções ao previsto no artigo 1.634, VII, aplicado conforme cada caso, em estrito cumprimento com o disposto no 1.728 do mesmo diploma civilista.

Estando a criança ou o adolescente fora do exercício e influência do poder familiar dos genitores, é preciso que alguém se encarregue dessa função. A representação, nesse sentido, é atribuída a um tutor, que ocupa o lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental. Assim, o tutor é investido dos poderes necessários para a proteção que os genitores não podem dispensar aos filhos⁵⁰.

Neste passo, a nomeação do tutor pode vir a ser a partir da participação dos pais conforme o disposto 1.729 do CC, como também pode ser atribuída à parentes consanguíneos do menor, seguindo a ordem de (i) ascendentes, (ii) aos colaterais até o terceiro grau, em ambos os casos preferindo os mais próximos aos mais remotos, no mesmo grau, os mais maduros aos mais jovens, reservando ao Juízo a escolha do mais apto em benefício do menor, nos termos do 1.731.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 14ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2021. p. 914.

Maria Berenice Dias tece críticas acerca da figura do tutor, afirmando que essa encontra-se obsoleta no ordenamento jurídico atual. A doutrinadora expõe o seguinte:

“Essa obsoleta figura está mais do que na hora de ser banida do sistema jurídico. Nada, absolutamente nada justifica manter esse arcaico instituto, impregnado de forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a doutrina da proteção integral que a Constituição consagra e o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta.

(...)

Em vez de excluir a tutela do sistema jurídico, o ECA procura despatrimonializá-la. Considera uma modalidade de colocação em família substituta (ECA 28). Submete a indicação feita pelos pais ao controle judicial (ECA 37). Só é nomeado tutor se não existir alguém em condições de assumir a guarda. É preciso ser reconhecida como vantajosa (ECA 37 parágrafo único).⁵¹

(...)

Reveste-se de extrema fragilidade o vínculo que se estabelece entre tutor e tutelado, sendo deferida a guarda de uma criança ou adolescente a pessoa que, se não foi escolhida pelos genitores, é algum parente dentro da ordem de preferência indicada pela lei (CC 1.775). Não se preocupa o legislador com a necessidade de identificar quem tem melhores condições para exercer tal ônus, encargo que fica a encargo do julgador. Assim, na nomeação do tutor, é imperioso atender ao melhor interesse do tutelado, devendo a tutoria ser atribuída, preferentemente, quando existe um vínculo de convivência e afetividade entre ambos.⁵²”

Os encargos do tutor são, praticamente, apenas de ordem patrimonial, ou seja, não há comprometimento maior com o caráter protetivo ditado pela Constituição e pelo ECA. Somente constata-se zelo quanto ao aspecto psicológico dos filhos em comuns (irmãos) órfãos um só tutor, conforme o artigo 1.733 do CC/02.

Assim, o ECA se volta ao melhor interesse dos menores, atentando-se às suas necessidades pessoais, familiares e sociais, assegurando o pleno desenvolvimento desses.

⁵¹ DIAS, op. cit., p. 914.

⁵² DIAS, op. cit., p. 915.

c. A possibilidade e necessidade de atuação de uma Defensoria Especializada

Dentro do todo apresentado até agora, nos casos severos de desentendimento a respeito da guarda da criança entre os genitores, em que esses não estão preocupados com o melhor interesse do menor, ou, se estão, assim o consideram minimamente, sendo o real motivo do ajuizamento de ação a disputa de egos entre os genitores e uma sede de vingança em querer “punir” o outro ao obter uma guarda unilateral, fica colocado em cheque como deve ser a atuação do Estado e da sociedade, elencados como protetor dos melhores interesses e direitos da criança e do adolescente, conforme preceitua a CF/88 em seu artigo 227.

Ademais, atentando-se à finalidade histórica da assistência judiciária que futuramente ensejou a criação da Defensoria Pública em proteger os direitos fundamentais e humanos da população vulnerável, têm se admitido pelas cortes brasileiras de novos modos de atuação do órgão em comento em favor da proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Nessa toada, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aceitou um pedido da defensora pública para que essa atuasse como "defensora da criança". O caso em questão envolve menores em condição de extrema pobreza e apura se eles sofriam violência física e psicológica da mãe e do padrasto.⁵³

As alegações elencadas para a concessão baseiam-se que o pleito não colide com a jurisprudência dominante, está em consonância com a doutrina da proteção integral consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e aproxima-se à Lei Complementar n.º 80/94, na CF/88 e na Convenção Sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes.⁵⁴

Nesses casos é o Ministério Público o órgão que atua como substituto processual dos menores, ou seja, pode o *Parquet* propor ações em nome próprio a fim de defender os interesses da criança e do adolescente.

⁵³ ANGELO, Tiago. **Tribunais autorizam novos tipos de atuação da Defensoria em favor de crianças.** Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-27/tribunais-autorizam-novas-atuacoes-defensoria-favor-criancas>. Acesso em 19/05/2022.

⁵⁴ JUSBRASIL. **Jurisprudência.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1560880878/inteiro-teor-1560880988>. Acesso em: 19.10.2022.

O desembargador Moacyr Lobato, relator do processo, assim justificou sua decisão:

Basta a leitura atenta do ECA para se extrair a intenção do legislador em ver resguardado às crianças e adolescentes seus direitos fundamentais, inerentes à qualquer pessoa humana, dentre os quais estão o direito à voz e participação, sobretudo em demandas como a presente — acolhimento institucional/familiar — em que as decisões tomadas afetarão sobremaneira a vida e dignidade desses menores

Roberto Apolinário de Castro, juiz de direito convocado, seguiu o voto do relator:

A 'defensoria da criança' agrega proteção aos infantes e prestigia preceito universal dos direitos fundamentais e garantias sociais das crianças e dos adolescentes, por meio do acompanhamento jurídico gratuito da ação, pela Defensoria Pública do Estado

O intuito dessa tomada de decisão nada mais é que garantir uma maior proteção à efetivação e segurança dos direitos das crianças e dos adolescentes. Ainda com a representação do Ministério Público, os vulneráveis ainda contariam com a tutela promovida pela Defensoria Pública.

Conquanto a argumentação se valha da proteção dos direitos fundamentais e da pessoa humana das crianças e do adolescente, há um problema técnico com a temática e ordenamento jurídico, tal qual a figura da defensora da criança não tem respaldo normativo, impedindo formalmente a arguição e autorização judicial para tal, sob o risco do Poder Judiciário desempenhar função típica do Poder Legislativo.

Não é outro o entendimento do julgamento do recurso de agravo de instrumento do caso em questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA DE PROTEÇÃO - ARTIGO 1.634 CC - ARTIGOS 22 E 33 DO ECA - ATUAÇÃO DEFENSORIA PÚBLICA - DEFENSORA DA CRIANÇA - AUSÊNCIA

DE PREVISÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE. - Compete ao Ministério Público atuar como substituto processual de crianças e adolescentes na defesa de seus direitos, com amparo na Carta Magna e na legislação infraconstitucional - Nos moldes do artigo 184, § 2º, do ECA, o múnus da curadoria de menores também compete ao parquet -A atuação da Defensoria Pública, na qualidade de "defensora da criança", não deve ser deferida, pois, seria uma nova categoria de intervenção, figura inexistente no ordenamento jurídico, sem previsão legal e sem entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores.

(TJ-MG - AI: 1000211403688001 MG, Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 23/06/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 30/06/2022)

A matéria ainda elucida a previsão da atuação da Defensoria Pública Estadual como custos vulnerabilis (guardião dos vulneráveis) em uma ação de medida protetiva envolvendo cinco crianças, conforme decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. O intuito é fazer com que o Ministério Público e a Defensoria unam-se de modo a garantir uma maior proteção das crianças. Por outro lado, leva em consideração o fato de que o MP tem como principal missão a defesa da ordem jurídica e democrática, o que pode fazer com que o parquet atue, em alguns casos, contra o incapaz. A vinculação da Defensoria, por outro lado, é ligada ao vulnerável e aos direitos humanos.⁵⁵

No caso em questão o voto do desembargador Vilson Bertelli, relator do caso, baseou-se no artigo 4º da Lei Complementar 80/1994 e 185 do Código de Processo Civil. Seu voto foi no seguinte sentido:

"A presença do Ministério Público não tem o caráter de exclusão da Defensoria Pública — como se desnecessária fosse a presença do *custos vulnerabilis* em processo em que já participa o MP. Pelo contrário, a dupla atuação das instituições se revela como aplicação de forma ativa do princípio da paridade"

⁵⁵ ANGELO, Tiago. **Tribunais autorizam novos tipos de atuação da Defensoria em favor de crianças.** Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-27/tribunais-autorizam-novas-atuacoes-defensoria-favor-criancas>. Acesso em 19/05/2022.

Outro caso de aceitação da Defensoria como custos vulnerabilis ocorreu pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, de relatoria do desembargador Fábio José Bittencourt Araújo.

A Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) publicou matéria informando que a Defensoria Pública do Estado do Amazonas (DPE-AM), de modo a reforçar o atendimento especializado a crianças e adolescentes, implementou a “Defensoria da Criança”.⁵⁶

O texto relata que o defensor da criança atuará junto ao serviço de acolhimento institucional, atendendo aos interesses da criança ou do adolescente como custos vulnerabilis, até mesmo quando eles colidirem com os interesses de seus pais.

De acordo com o defensor geral do Estado do Amazonas, Ricardo Paiva, foi percebida uma necessidade de fortalecer a área de atendimento às crianças e adolescentes que necessitam da assistência da Defensoria Pública, uma vez que a área da Infância e da Juventude recebe grande número de demandas.

Os dados fornecidos pela DPE-AM apontam que, em 2019, a 1ª Defensoria da Infância e Juventude registrou o total de 6.001 atos de atendimento, dos quais 1.514 foram novos atendimentos, 1.742 foram de retorno e 198 foram de famílias (pessoas, incluindo crianças e adolescentes).

Em 2020, no primeiro semestre, foram realizados 2.909 atos de atendimento. Deste total, 510 foram de novos atendimentos; 808 atendimentos de retorno; 10 atendimentos de família; 161 audiências judiciais; 148 processos sentenciados; 570 peticionamentos e 275 ofícios. Estão incluídos nesses atendimentos, nos primeiros meses de 2020, 2.278 atos de atendimento relacionados a ações judiciais e extrajudiciais a respeito de adoção, guarda, registro de nascimento e medidas protetivas, conforme aponta a DPE-AM.

⁵⁶ ASCOM/DPE-AM. AM: **Defensoria da Criança e do Adolescente vai reforçar proteção dos vulneráveis**. ANADEP, Amazonas, 2020. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=45030>. Acesso em 18.10.2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, nos casos de grave disputa parental acerca da guarda dos filhos em comum, em que os interesses desses são inobservados e tendo seus direitos violados pela ocorrência de alienação parental por uma disputa de egos entre os genitores, ocasionando severo dano psicológico aos menores, não sendo a nomeação de tutor viável, a atuação de uma Defensoria Pública especializada, ou como denominada por alguns estados, Defensoria da Criança vem a ser uma opção de representação em prol do bem estar da criança.

A criação de defensorias esbarram, em contrapartida, na ausência de previsão legal e implementação normativa, não tendo o presente estudo abordado ou se aprofundado na questão orçamentária de custeio e manutenção desses órgãos necessários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental** - 3ª ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

AMIN, Andréa Rodrigues Amin... [et al.]. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ANGELO, Tiago. **Tribunais autorizam novos tipos de atuação da Defensoria em favor de crianças.** Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-27/tribunais-autorizam-novas-atuacoes-defensoria-favor-criancas>. Acesso em 19/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Direitos da criança e do adolescente: jurisprudência do STF e bibliografia temática** / Supremo Tribunal Federal — Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 14ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – volume 5: direito de família** – 35. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

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

GOMES, Marcos Vinícius Manso L. **Defensoria Pública – Ponto a Ponto - Direitos Humanos e Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611010/>. Acesso em: 24 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral** - 16. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GROENINGA, Giselle Câmara. **DIREITO À CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder Judiciário**. 2011. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Alienação Parental - Importância da Detecção Aspectos Legais e Processuais** – 7ª Ed. – Forense, 2020.

MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes. **A Guarda Compartilhada Como uma Resposta Eficaz à Alienação Parental: uma Visão Multidisciplinar** – 1. Ed. - Artesã Editora, 2018.

MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes. *A guarda compartilhada como uma resposta eficaz à alienação parental: uma visão multidisciplinar* - 1ª. ed - Belo Horizonte: Artesã, 2018.

MONTAÑO, Carlos. **Alienação Parental E Guarda Compartilhada**. - 2ª Ed. – CIDADE: Lumen Juris, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda Compartilhada Coativa: a Efetivação dos Direitos de Crianças e Adolescentes** – 3ª Ed. – Juspodivm, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada** – 1ª Ed. – Saraiva Jur, 2015.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental E Abandono Afetivo - Análise Da Responsabilidade Civil** – Mundo Jurídico, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral** – v. 1 – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WANDALSEN, Kristina. **Direito e psicologia: um diálogo necessário em direção à justiça nos conflitos familiares**, 2009, p.82.