

ACUSAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO EM QUE HÁ DENÚNCIA DE ABUSO INFANTIL E DISPUTA DE GUARDA

ACCUSATION OF PARENTAL ALIENATION IN THE CONTEXT WHERE THERE IS ALLEGATION OF CHILD ABUSE AND CUSTOMER DISPUTE

Millena Costa Marinho¹
Valdivino Passos Santos²

RESUMO: O presente artigo teve como tema “acusação de alienação parental no contexto em que há denúncia de abuso infantil e disputa de guarda”. O objetivo geral da presente pesquisa foi verificar se há a utilização indevida da lei de alienação parental no processo de disputa de guarda e acusação de abuso infantil. Para atingir os objetivos propostos, utilizou-se o método qualitativo dedutivo, com uso de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, assim como livros, internet, artigos acadêmicos, dados e legislação. O Resultado obtido foi que é possível ocorrer falha na prestação jurisdicional que pode resultar na definição de guarda a abusadores ou autores de alienação parental em função da má qualidade da apuração e deficiência estrutural no tratamento desses casos. Concluiu-se que deve, portanto, serem enfrentados pelo poder judiciário, devendo este criar uma estrutura aparelhada através de políticas envolvendo tanto o Ministério Público, quanto uma equipe multidisciplinar que apure minuciosamente os casos de disputas de guarda que envolvam acusações de abuso sexual infantil, equipe essa, formada por peritos, médicos, assistentes sociais, psicólogos, dentre outros.

3131

Palavras-chave: Alienação Parental. Abuso sexual infantil. Instituto da guarda.

ABSTRACT: The theme of this article was “accusations of parental alienation in the context in which there is a report of child abuse and custody disputes”. The general objective of this research was to verify whether there is improper use of the parental alienation law in the process of custody disputes and accusations of child abuse. To achieve the proposed objectives, the qualitative deductive method was used, using bibliographic, documentary and jurisprudential research, as well as books, the internet, academic articles, data and legislation. The result obtained was that it is possible for there to be a failure in the judicial provision that can result in the definition of custody for abusers or perpetrators of parental alienation due to the poor quality of the investigation and structural deficiency in the treatment of these cases. It was concluded that they must, therefore, be faced by the judiciary, which must create a structure equipped through policies involving both the Public Prosecutor's Office and a multidisciplinary team that thoroughly investigates cases of custody disputes involving accusations of child sexual abuse, This team is made up of experts, doctors, social workers, psychologists, among others.

Keywords: Parental Alienation. Child sexual abuse. Guard Institute.

¹Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

²Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

I INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a aplicação da lei 12.318/10 que dispõe sobre a Alienação Parental, em casos de definição de guarda em que há denúncia de abuso infantil por parte de um dos genitores.

Nesse sentido, a pesquisa busca analisar os desafios nos casos em que a lei de Alienação Parental é usada indevidamente no processo de definição de guarda ou acusação de abusos infantis.

O problema a ser respondido consiste nos prejuízos que a aplicação da lei de alienação parental pode acarretar ao menor nos casos em que há disputa de guarda ou apuração de acusação de abuso infantil, o que demanda uma maior eficiência estrutural do Estado na investigação.

A pesquisa justifica-se no meio acadêmico, uma vez que trata-se de uma pauta bastante mencionada no âmbito jurídico atualmente e de relevância significativa na sociedade em âmbito nacional, uma vez que o impasse interfere na vida de diversas famílias brasileiras de todas as classes sociais envolvidas em disputas de guarda em contexto de violações dos direitos infantis.

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em verificar se há a utilização indevida da lei de alienação parental no processo de disputa de guarda e acusação de abuso infantil.

3132

Os objetivos específicos consistem em: i) verificar os limites legais na aplicação da lei de alienação parental, definição de guarda e investigação de abuso infantil; ii) Averiguar se as regras vigentes sobre direito material e processual são hábeis a responder a essas questões, visando a proteção do menor; iii) Analisar a necessidade estrutural à disposição do poder judiciário para a apuração e resposta quando, no mesmo caso, se discute guarda, alienação parental e abuso infantil.

Para conquistar as respostas da pesquisa o trabalho foi realizado por meio do método qualitativo dedutivo, com uso de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, assim como livros, internet, artigos acadêmicos, dados e legislação.

O método qualitativo é o utilizado por via de investigação científica que se além no caráter subjetivo do objeto pesquisado, minuciando as suas particularidades e experiências individuais. O método qualitativo não utiliza quantidade numérica, mas sim, à compreensão de determinado grupo social (GERHARDT, 2009).

Pode-se afirmar que o método dedutivo é o que parte do estudo geral para o específico. Parte dos princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis que viabilizam chegar a uma conclusão de modo formal por sua lógica como ciência. (GERHARDT, 2009).

2 ASPECTOS LEGAIS SOBRE ALIENAÇÃO PARENTAL: definição de guarda e proteção do menor

2.1 A COMPREENSÃO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

A compreensão do termo família é bastante ampla, pois sua definição pode ser abordada sob várias perspectivas, que vão desde a cultura até as tradições do local analisado. A Constituição Federal de 1988 traz o conceito de família em seu artigo 226, onde diz que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Desta forma, o conceito genérico de família é o “conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência”. (PEREIRA, 2007, p. 19).

Adotando pensamento diverso, Diniz (2017) compreende que família corresponde ao vínculo da consanguinidade entre os indivíduos. Por outro lado, o autor entende que no sentido restrito pode ser compreendido através do matrimônio e da filiação.

Nos tempos passados, até mesmo o casamento era tratado como indissolúvel, a família tradicional não se baseava nos vínculos afetivos, mas sim na aparência. O dever de cuidado e de afeto, por muitas vezes ficava em último plano. No entanto, o Direito deve se adequar conforme acontece as mudanças da sociedade em que está inserido. Caso isso não aconteça, pode-se perder o seu objeto, a norma já não produzirá mais efeitos. (GONÇALVES, 2017).

A afetividade tomou espaço e passou à surtir efeitos tanto na jurisprudência, quanto na doutrina. A matriz familiar passou a não ser mais vista apenas relacionada ao vínculo sanguíneo.

O legislador Ricardo Calderón diz que:

Ante a flagrante insuficiência das categorias jurídicas positivadas, doutrina e jurisprudência passaram a construir respostas para as novas perguntas que eram apresentadas e simplesmente não podiam aguardar uma alteração legislativa. A força construtiva dos fatos sociais fez a socioafetividade ser reconhecida juridicamente. (CALDERÓN, 2017, p. 09).

Sabe-se que a família é considerada a base da sociedade e merecedora de especial proteção, então, a Constituição Federal trouxe em seu corpo normativo, dispositivo que

assegura direitos e deveres no âmbito familiar, onde diz que: “Art. 229. 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 ou enfermidade”. (BRASIL, 1988, s/p).

É no seio familiar que o indivíduo começa a ter suas primeiras relações e onde o mesmo deve ter obrigatoriamente um amparo afetivo e material. É no convívio coletivo que se forma o caráter individual. Isso quer dizer que, as ações dos pais, influenciam diretamente na formação dos filhos.

O Direito de Família traz como um de seus princípios, o Princípio da Afetividade. Este é o responsável por impulsionar e amoldar os laços familiares e as relações interpessoais, unindo os sentimentos.

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. (MADALENO, 2017, p. 94).

A ideia do afeto como parte integrante na formação das famílias surgiu no Brasil no final do século XX, com a chegada da Constituição Federal de 1988, evidenciando a tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas, e não mais sob a ótica da família patrimonializada, modelo adotado pelas antigas legislações. (VENOSA, 2020).

3134

Com as mudanças nas relações de sentimentos das entidades familiares, as funções afetivas são mais valorizadas. Pode-se observar que a partir daí a família e o casamento receberam novo perfil, que desta vez os indivíduos buscam muito mais realizar seus desejos afetivos e de seus integrantes.

Contudo, com a evolução da sociedade ocorreu algumas mudanças de paradigmas, deixando de ser a “família tradicional”, onde as mulheres ganharam espaço no mercado de trabalho contribuindo para o sustento da família e os pais passaram a desempenhar funções domésticas. Desta forma, quando se fala em família os deveres e poderes se dividem.

Ademais, com a evolução da sociedade o que antes era “para sempre”, as famílias passaram a viver em constantes alterações por meio de novas uniões ou casamentos. Toda essa evolução é recente, isto porque o art. § 6º do art. 226 da Constituição Federal com base na Emenda Constitucional n. 66, de 14 de Julho de 2010, popularmente mais célebre como “PEC do Divórcio” com a sua nova redação, afastou do seu texto a obrigação, para a separação, da exigência temporal e da prévia dissolução. (GONÇALVES, 2017).

Com a extinção da parte final § 6º do art. 226, a divórcio deixou de ser premida na Carta Magna, onde ajustava como quesito para a mudança, sumindo ainda o quesito

temporal para a obtenção do divórcio, unicamente direto, por mútuo consenso ou contencioso. A Emenda Constitucional n. 66/2010 acabou o ciclo evolutivo dando início a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77). (GONÇALVES, 2017).

Ao oferecer novo texto no seu art. 226, § 6º da Carta Magna, fez sumir a desunião apagando os prazos e a perquisição de culpa para a separação da sociedade matrimonial. Portanto, os cônjuges podem sem precisar abdicar motivos ou razões, e a algum período, procurar o divórcio.

Um dos conflitos observados nessa quebra da separação tradicional de papéis tem sido a manipulação dos filhos para se aproximarem mais de um dos genitores e repelirem o outro, devido as magoas com o fim da relação conjugal, surgindo a situação conhecida como Alienação Parental (GONÇALVES, 2021), que será objeto de estudo a seguir.

2.2 ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

O termo Alienação Parental, foi construído pelo perito judicial por Richard Gardner, através de experiências vividas por ele nos Estado Unidos, apresentando seu estudo como professor da Clínica de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia em 1985 (DIAS, 2021). Segundo Gardner a síndrome de alienação parental é,

3135

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 justificacão. Resulta da combinacão das instruçoes de um genitor (o que faz a ‘lavagem cerebral, programacão, doutrinacão’) e contribuçoes 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 explicacão de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GARDNER, s/p).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 656), “trata-se, como dito, de um distúrbio que assola crianças e adolescentes vítimas da interferência psicológica indevida realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que repudie o outro genitor.”

Para Madaleno (2018, p. 43-44) alienação parental trata-se de:

Uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação.

Acrescenta ainda, que:

Essa campanha contra o genitor que não possui a guarda do menor, chamado alienado, pode ser intentada de várias formas, em que o genitor dito alienante pode passar a destruir a imagem do outro perante comentários sutis, desagradáveis, explícitos e hostis, fazer com que a criança se sinta insegura em sua presença, como no caso da visitação, ao ressaltar que o infante se cuide ou que telefone se não se sentir bem, obstaculizar as visitas ou mesmo ameaçar o filho – ou ameaçar atentar contra sua própria vida – caso a criança se encontre com o pai. (MADALENO, 2018, p. 46)

Ademais, é importante destacar o estudo sobre o tema, realizado por Priscila Fonseca, que dispõe sobre a diferença entre alienação parental e síndrome da alienação parental:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relacionasse com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta – quando ainda não dá lugar à instalação da síndrome – é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido.⁷ Já a síndrome, segundo estatísticas divulgadas por DARNALL, somente cede, durante a infância, em 5% (cinco por cento) dos casos. (2009, p. 52).

Na mesma linha de intelecção, Marco Antonio Garcia de Pinho, traçou sobre a diferença entre a síndrome da alienação aarental e o ambiente familiar hostil:

3136

A doutrina estrangeira também menciona a chamada HAP – Hostile Aggressive Parenting, que aqui passo a tratar por ‘AFH – Ambiente Familiar Hostil’, situação muitas vezes tida como sinônimo da Alienação Parental ou Síndrome do Pai Adversário, mas que com esta não se confunde, vez que a Alienação está ligada a situações envolvendo a guarda de filhos ou caso análogo por pais divorciados ou em processo de separação litigiosa, ao passo que o AFH – Ambiente Familiar Hostil – seria mais abrangente, fazendo-se presente em quaisquer situações em que duas ou mais pessoas ligadas à criança ou ao adolescente estejam divergindo sobre educação, valores, religião, sobre como a mesma deva ser criada etc.

Ademais, a situação de ‘Ambiente Familiar Hostil’ pode ocorrer até mesmo com casais vivendo juntos, expondo a criança e o adolescente a um ambiente deletério, ou mesmo em clássica situação onde o processo é alimentado pelos tios e avós que também passam a minar a representação paterna, com atitudes e comentários desairosos, agindo como catalisadores deste injusto ardid humilhante e destrutivo da figura do pai ou, na visão do Ambiente Hostil, sempre divergindo sobre ‘o que seria melhor para a criança’, expondo esta a um lar em constante desarmonia, ocasionando sérios danos psicológicos à mesma e também ao pai.

Na doutrina internacional, uma das principais diferenças elencadas entre a Alienação Parental e o Ambiente Familiar Hostil reside no fato que o AFH estaria ligado às atitudes e comportamentos, às ações e decisões concretas que afetam as crianças e adolescentes, ao passo que a Síndrome da Alienação Parental se veria relacionada às questões ligadas à mente, ao fator psicológico. (2011, s/p).

Portanto, a “alienação parental é o ato de provocação, o conjunto de ações que levam a criança ao desinteresse de manter proximidade com algum familiar” (SILVA, 2021, p. 6),

por outro lado “síndrome da alienação parental é a bagagem emocional prejudicada, os danos emocionais, o transtorno psicológico”. (SILVA, 2021, p. 6-7).

Insta consignar, por oportuno, que por tudo isso, foi regulamentado a alienação parental no Brasil no dia 26 de agosto de 2010, Lei nº 12.318, trazendo em seu corpo 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.

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

Demais disso, o legislador exemplificou as condutas que podem caracterizar a alienação parental, dispondo que:

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. (BRASIL, 2010, s/p).

Lei em questão deixou de forma clara as condutas que caracterizam a alienação parental, contudo não sendo um rol taxativo. Ademais, o legislador “estendeu os seus efeitos não apenas aos pais, mas também aos avós e quaisquer outras pessoas que tenham a guarda ou a vigilância (guarda momentânea) do incapaz. Esclareceu, também, como o Judiciário pode agir para reverter a situação” (GONÇALVES, 2021, p. 144).

Ao dispor quanto a alienação parental, a Lei nº 12.318 de 2010, buscou fortalecer o mandamento contido no Estatuto da Criança e do Adolescente, à convivência familiar, respeitando o direito da criança e adolescente conviver com ambos os pais, estabelecendo o artigo 4º o rito procedimental a ser observado:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da

integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou ao adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida no fórum em que tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (BRASIL, 2010, s/p).

Além do procedimento, a lei estabeleceu as sanções aplicáveis ao agente infrator no artigo 6º:

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:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e 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;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; (BRASIL, 2010, s/p).

Nota-se que a Lei nº 12.318 de 2010 tem por objetivo de forma mais rígida coibir os atos de alienação psicológica, que acarreta um sério dano social, ferindo as crianças e adolescentes que passam pelo processo de dissolução conjugal dos pais.

2.3 CRITÉRIOS LEGAIS PARA DEFINIÇÃO DE GUARDA

O Código Civil, depois de tratar da Dissolução da Sociedade e do vínculo Conjugal, dedica um capítulo a Proteção da Pessoa dos Filhos, ou seja, trata do instituto da guarda, que é utilizado quando não há mais convivência dos pais no mesmo lar, desta forma é necessário atribuir a um deles juridicamente ou aos dois a responsabilidade dos filhos, diga-se a custódia do filho.

Nesse ponto, explica Lôbo (2011, p. 190) quanto a conceituação de guarda:

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício. Diferente é o conceito e alcance.

Acompanhando o mesmo entendimento, os autores De Plácido e Silva quanto a guarda de filhos, explica que:

É locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais. (1994, p. 365-366).

Na mesma linha de intelecção, ensina Grisard Filho (2010, p. 47-48):

A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto de si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio, e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro.

A propósito, destaca-se ainda o seguinte conceito:

A guarda é relação típica do poder familiar. E, em termos grosseiros, a “posse direta” dos pais sobre os filhos. Apesar de grosseiros os termos, a ideia de posse e tão atraente e expressa com tanta clareza em que consiste a guarda, que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente a utilizou no art. 33, § 1º, ao dispor que “a guarda destina-se a regularizar a posse de fato”.

Na verdade, rigorosamente, não se pode falar em posse de uma pessoa sobre a outra. A posse só se dá sobre as coisas ou sobre algumas espécies de direitos. Assim, a guarda, em termos genéricos, e o lado material do poder familiar; e a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes. É óbvio que a guarda pode ser concedida a Terceiros, como no caso da tutela. (FIÚZA, 2008, p. 987).

Portanto, com o desfazimento da Dissolução da Sociedade e do vínculo Conjugal, não significa a separação dos filhos, o vínculo com os filhos deve permanecer, o elo afetivo.

3139

Encampanando tal posicionamento, Dias (2021, p. 381), explica que “com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental, mas ambos continuam detentores do poder familiar”.

Tem por objetivo o instituto da guarda proteger e resguardar os filhos, no qual os genitores devem proteger, cuidar e manter em sua companhia os filhos. Pensando nesse objetivo de proteger e resguardar os filhos através do instituto da guarda, o legislador no Código Civil estabeleceu duas espécies, quais sejam: guarda unilateral e guarda compartilhada.

A guarda unilateral consiste, segundo o artigo 1.583, § 1º do Código Civil, instituído através da redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008, “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

A propósito, oportuno destacar a regra contida no § 5º do mesmo artigo incluído pela Lei 13.058, de 2014, que:

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou 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. (BRASIL, 2002, s/p).

Contudo, tal espécie de guarda, segundo Gonçalves (2021, p. 249), “apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores”, razão pela qual através da Lei nº 11.698/2008, busca incentivar a guarda compartilhada, pois “pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho” (GONÇALVES, 2021, p. 249).

Guarda compartilhada pode ser conceituada através da segunda parte do § 1º do artigo 1.583 do Código Civil dispondo que se compreende “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.”

Segundo Dias (2021, p. 348) tem por fundamento a guarda compartilhada ordem constitucional, pois segundo a autora busca,

Basicamente garantir o interesse dos filhos. 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 à pluralização 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 dois 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.

3140

No mesmo sentido, convém ressaltar os ensinamentos de Gonçalves (2021, p. 249), que explica acerca por que incentivar a guarda compartilhada,

Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não se confunde com a guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas cotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

Portanto, a guarda compartilhada deve ser tomada como uma conduta, no qual “pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade” (DIAS, 2021, p. 385), isto porque “essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.” (DIAS, 2021, p. 385).

Importante destacar, que apesar do Código Civil estabelecer duas espécies de guarda, estas não únicas modalidades de guarda de filhos. Pode-se destacar dentre estas outras modalidades a guarda conjunta ou indistinta, guarda alternada.

Cabe destacar também, que a guarda não cabe somente aos genitores ou pais biológicos, estendendo a possibilidade aos familiares e aqueles que detêm afetividade conforme disposição do § 5^a do artigo 1.584 do Código Civil:

§ 5^o-Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2002, s/p).

O dispositivo legal citado tem por objetivo garantir o princípio do interesse superior da criança e do adolescente ou do melhor interesse, isto porque, independentemente da modalidade de guarda deve ser levado em conta os critérios que visam o bem estar da criança e adolescente.

De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal, as crianças e os adolescentes se tornaram sujeitos de direito e adquiriram muitas garantias e prerrogativas.

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, s/p).

Este dispositivo carrega em si o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, sendo defeso qualquer forma de negligência. Isso torna a família, a sociedade e o Estado responsáveis em dar afetividade e além disso, proporcionar o seu desenvolvimento sadio e harmonioso e também lhes garante o direito de serem criados e educados no seio de sua família.

O princípio do interesse superior da criança e do adolescente ou do melhor interesse serve para orientar o legislador ou o aplicador do direito ir em busca sempre de atender as necessidades do infante, tendo como acima de todas as circunstâncias, a garantia do melhor interesse dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Portanto, a matéria relativa a esse direito diante do instituto da guarda está vinculada obrigatoriamente a verificação de qual vai ser a melhor solução para melhor garantir o que for melhor para a criança ou adolescente. Como bem explica Maciel (2019, p. 78):

Atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Interesse superior ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como

pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. (MACIEL, 2019, p. 78).

A importância da aplicação deste princípio diante do amparo necessário que deve ser dado para as crianças por serem vulneráveis, tem como objetivo lhe dá maior proteção e garantir uma boa formação da sua moral, social e psíquica.

Esses menores são sujeitos de direito e lhes devem ser assegurados a efetivação desse direito fundamental para seu melhor desenvolvimento. Isso está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 no artigo 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990, s/p).

O Estatuto da Criança ou Adolescente tem como base prevalecer essa prioridade da proteção integral, buscando a medida ou a conduta do melhor interesse do infante, visto que esse interesse da criança deve estar acima dos interesses das outras pessoas. Como explicação pode-se elencar os incisos I, II e IV do parágrafo único do artigo 100 do ECA:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (BRASIL, 1990, s/p)

O presente princípio juntamente com o da prioridade absoluta é a base dos direitos da criança e adolescente. Portanto, é importante não só para os julgadores como também para todos aplicadores do direito, a sociedade num todo buscar a efetivação dos direitos.

2.4 PROTEÇÃO DO MENOR NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme preceitua o Código Civil Brasileiro, toda pessoa natural é sujeito de direito, e para resguardar esses direitos é que o ordenamento jurídico expõe que estes são assegurados desde a concepção e alonga-se até mesmo à pessoa falecida.

Desse modo, a criança e o adolescente, sendo pessoas em desenvolvimento, estão intrinsecamente ligadas a uma série de direitos, que, ao longo do tempo foi passando por diversas alterações e adaptações dentro da legislação brasileira, para se adequar ao infante em inúmeras situações até alcançar a legislação atual.

No Brasil, até o século XX, só havia um dispositivo que mencionava os menores de idade, que era a Lei do Ventre Livre, que foi promulgada em 1871, e tratava sobre filhos de escravos. (ROSSATO, 2019)

Posteriormente, adveio o Código Civil de 1916, que mencionava o poder patriarcal de criação e manutenção da família, contando com artigos que tratavam de crianças, porém, ainda de forma vaga, deixando a desejar. (ROSSATO, 2021)

Em 1927 foi criada a legislação intitulada como Código de Menores, no entanto, a mesma ainda não contava com um propósito integral quanto aos direitos das crianças e adolescentes. Segundo Colucci (2014, p. 17), ocorreu uma grande inovação, dispondo que “a grande novidade encampada pelo Código de Menores foi a visão moderna de pátrio poder, pela qual o filho deixaria de ser totalmente submisso a vontade do pai, além de obrigar os pais a certos deveres para com os filhos, como o de educa-los”.

Adiante, no ano de 1962 foi criada a Fundação do Bem-estar do Menor, que versava sobre a assistência ao infante, assim como a políticas públicas voltadas a crianças, e foi revogada através da lei 8.069 de 1990. (ROSSATO, 2021)

3143

Contudo, somente mudou o cenário para a proteção da criança e do adolescente com a promulgação da Constituição de 1988, em decorrência das garantias e direitos fundamentais contidos em seu corpo, dedicando a tutela da infância e juventude. (ROSSATO, 2019)

De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal, as crianças e os adolescentes se tornaram sujeitos de direito e adquiriram muitas garantias e prerrogativas.

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, s/p).

Isto só foi possível porque a Constituição de 1988, através do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, elevou os direitos da infância e da juventude, sendo fundamental.

Segundo Andrade (2008), a dignidade humana, compreendida como tal, deve ser reconhecida como a matriz ética, embaixadora e geradora dos direitos humanos, com ela relacionados, sob a forma de direitos individuais, sociais, políticos etc., de forma que sua violação somente pode ser compreendida se vier a ocorrer em sua base principiológica mínima, ou seja, em um local que se encontra assentada não no Direito, mas sim no alicerce da sociedade moderna, aí incluído o espaço pré-jurídico, em forma de princípio.

Dignidade humana, por sua vez, vem a ser a base sob a qual se fundam os direitos humanos, de existência pré-sistêmica, que tem como objetividade a garantia de um conjunto mínimo de possibilidades que os indivíduos têm que tornam os direitos relativos à vida do ser humano viáveis em sociedade. É a própria qualidade que o indivíduo tem de ser possuidor de outros direitos. (AWAD, 2006).

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 surgiu então em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, reconheceu-se o ser humano com fim e centro do direito, a dignidade da pessoa como valor supremo e inviolável a Constituição Federal. (SOBREIRA, 2013).

Desta forma, os diversos ramos do ordenamento jurídico como, direito penal e o civil, passaram a produzir normas e readequar as já existentes de acordo com esse novo norte, o ser humano. Porém, somente a Carta Constitucional não é capaz de garantir a efetividade desse princípio contra forças econômicas. O ser humano deve saber que sua dignidade é inata ao seu ser, ou seja, não depende do reconhecimento de ninguém. (ANDRADE, 2008).

Signatário da dignidade da pessoa humana, foi ratificado a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, através do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, garantindo direitos das crianças e adolescentes.

Curial destacar o entendimento acerca dos direitos humanos da criança:

As crianças são titulares de direitos humanos, como quaisquer pessoas. Aliás, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar, então, que são possuidoras de mais direitos que os próprios adultos. (ROSSATO, 2019, p. 32).

Neste viés, com base neste conceito e no princípio da dignidade da pessoa humana foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990, sendo um marco legal regulatório que assegura garantias fundamentais às crianças, surgiu a partir da necessidade que a legislação brasileira estava de um dispositivo integralmente voltado aos direitos do infante e adolescente.

Desde a época de sua promulgação, o ECA (Estatuto da Criança e do adolescente), passou a ser o principal dispositivo para assegurar a crianças e adolescentes os direitos que asseguram o desenvolvimento do menor, em todos os aspectos da sua vida.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO DE DEFINIÇÃO DE GUARDA

3.1 APLICAÇÃO DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA EM CASOS DE INVESTIGAÇÃO E ABUSO INFANTIL

O termo abuso sexual é compreendido quando o ato de uma pessoa ultrapassa a linha de direitos de outrem, desrespeitando a vontade da outra pessoa, que é imposto através de ameaça ou força física.

Pensando nisto, o Código Penal através da Redação dada pela Lei nº 12.015 de 7 de agosto 2009, introduziu o Título VI trazendo profundas modificações, o que antes era denominado “crimes contra os costumes”, passou a ser denominado “crimes contra a dignidade sexual”.

Dentre os crimes previstos no Título VI, cabe destacar o crime de estupro previsto no artigo 213, que consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. (BRASI, 1940, s/p).

3145

Nesse ponto, é importante conceituar o que venha ser o termo constranger nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 73): “Constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir. Nesse caso, o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O estupro congrega todos os atos libidinosos, sendo a conjunção carnal apenas um deles”.

Quanto a expressão conjunção carnal, leciona Greco (2011, p. 460):

A expressão conjunção carnal tem o significado de união, de encontro do pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice versa. Assim, sujeito ativo no estupro, quando a finalidade for conjunção carnal, poderá ser tanto o homem quanto a mulher. No entanto, nesse caso, o sujeito passivo, obrigatoriamente, deverá ser do sexo oposto, pressupondo uma relação heterossexual. No que diz respeito à prática de outro ato libidinoso, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo, tratando-se, nesse caso, de um delito comum. (GRECO, 2011, p. 460).

Contudo, para a caracterização do crime de estupro, não é necessário que aja a conjunção carnal, conforme ensina Fayet (2011, p. 73):

A consumação ocorre independente da forma escolhida pelo agente (se conjunção carnal ou ato libidinoso), na medida em que o primeiro ato de libidinagem, praticado mediante violência ou grave ameaça, capaz de constranger a liberdade sexual individual, é suficiente para lesionar o bem jurídico tutelado.

Ademais, outra modificação que a Lei nº 12.015 de 7 de agosto 2009 trouxe, foi quanto ao crime de estupro de vulnerável contido no artigo 217-A do Código Penal. A propósito, Nucci (2020, p. 168) acrescenta quanto a modificação que a lei trouxe:

A mudança na terminologia configura-se adequada, retirando-se a expressão presunção de violência. Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de presunção. 1 São consideradas pessoas vulneráveis (despidas de proteção, passível de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual. Independentemente de se falar em violência, considera a lei inviável, logo, proibida, a relação sexual mantida com tais vítimas, hoje enumeradas no art. 217-A do Código Penal.

Para a configuração do tipo penal, “é irrelevante que o ato tenha ocorrido de forma violenta ou não, pois o tipo penal frisa nas características da vítima, como critério de tutela jurídico-penal” (MACHADO, 2019, p.20). Encampando tal posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 593:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017, s/p).

Portanto, o delito de estupro de vulnerável previsto no caput do artigo 217-A ocorre quando o menor de 14 (quatorze) anos, independente do gênero, mulher ou homem, sofre conjunção carnal ou qualquer tipo de ato libidinoso, sendo irrelevante se há consentimento ou não.

Contudo, para a confirmação da materialidade não pode ser pautada somente em exame físico como bem pontua Nucci (2017, p. 97):

O exame de corpo de delito, no crime de estupro tem validade relativa e demanda alguns requisitos, por exemplo, ter havido violência real contra a vítima, conjunção carnal, e ejaculação dentro da cavidade vaginal ou anal. (...). Entretanto, fora dessas hipóteses, o estupro pode caracterizar-se de inúmeras outras formas e não há vestígios, nem rastro. O estupro praticado com emprego de grave ameaça raramente deixa algo concreto para o perito encontrar. Além disso existem inúmeros outros atos libidinosos, igualmente sem vestígios (felação, por exemplo). (...). É evidente que qualquer exame pericial seria negativo ou inconclusivo. Portanto, quando o exame pericial é positivo, ajuda – e muito – a formar a convicção do juiz, porém, sendo negativo, não de ser buscadas outras provas. (NUCCI, 2017, p. 97.)

Portanto, não pode ser baseado a materialidade somente no exame físico, uma vez que pode ser inconclusivo, devendo buscar por provas novas. Isto ocorre porque “o abuso não deixa marcas físicas detectáveis em exames forenses, e quando deixam algum material genético do agressor no corpo da vítima, este precisa ser examinado dentro do lapso temporal de 24 horas”. (MACHADO, 2019, p.20).

No mesmo sentido, Vittoria Bruschi Sperandio explica quanto a dificuldade da comprovação da materialidade:

No que tange à insuficiência dos exames periciais para provar a materialidade de abusos sexuais, na maioria dos casos: A prova Forense e a evidência médica estão disponíveis apenas em uma minoria dos casos [...] os profissionais terão de conviver com o fato de que também no futuro a maioria dos casos não terá evidência médica conclusiva de abuso sexual. Por exemplo, um grave abuso oral prolongado pode não ser medicamente detectável. Mas até mesmo uma clara evidência médica de abuso sexual muitas vezes ainda não constitui prova forense no que se refere à pessoa que cometeu o abuso. (2017, s/p).

Nos casos de investigação de estupro de vulnerável, deve estar o profissional atento as falsas denúncias de abuso sexual, devendo ser investigadas e analisadas de forma clara. Madaleno (2018, p. 54) destaca que quanto as denúncias de abuso sexual:

É preciso tomar cuidado nas alegações de abuso, uma vez que um genitor que realmente abusou de seu filho pode se esconder por detrás da SAP, dizendo que a animosidade de seu filho é fruto de campanha difamatória do ex-cônjuge, quando em realidade são fatos reais e graves vindo à tona, não se caracterizando, portanto, como a síndrome.

Acompanhando o mesmo pensamento, Maria Berenice Dias explica quanto aos problemas da falsa denúncia de abuso sexual:

A falsa denúncia de práticas incestuosas tem crescido de forma assustadora. Essa realidade perversa pode levar a um injustificado rompimento de vínculo de convivência paterno-filial. Mas há outra consequência ainda pior: a possibilidade de identificar como falsa denúncia o que pode ser uma verdade. Nos processos que envolvem abuso sexual, a alegação de que se trata de alienação parental tornou-se argumento de defesa. Invocada como excludente de criminalidade, o abusador é absolvido e os episódios incestuosos persistem (DIAS, 2013, p. 271).

Percebe-se que, com a difícil comprovação das denúncias de abuso sexual contra a criança ou adolescente, o genitor que abusou do seu filho utiliza-se da Lei de Alienação Parental como uma forma de camuflar o ato de abuso sexual.

3.2 DESAFIO ESTRUTURAL DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS EM QUE A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL É USADA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA EM DISPUTA DE GUARDA E INVESTIGAÇÃO DE ABUSO INFANTIL

Apesar da lei 12.318/2010 ser um instrumento voltado à defesa do menor, há que se falar em um lado negativo da mesma, visto que vem sendo usada na disputa de guarda para acobertar denúncias de abuso infantil, onde um dos genitores, ao ser denunciado por abuso, torna-se a “vítima” e o detentor da guarda converte-se a “alienador”, a partir da acusação de alienação parental, podendo passar àquele, a guarda do infante.

Esse entendimento encontra-se respaldado nas palavras de Maria Clara Sottomayor (2011, p.86), quanto ao descrédito das alegações de abusos sexuais “os estudos de GARDNER

têm contribuído para que as alegações de abuso sexual, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, se presumam falsas e para diabolizar a figura da mãe que pretende proteger os seus filhos.”

Assim sendo, o artigo 5º da lei de Alienação Parental, preceitua que, o magistrado, diante de algum indício de prática de alienação, determine que seja feita a perícia psicológica e biopsicossocial, para que, se constatada, o agente causador seja submetido as sanções previstas no artigo 6º do mesmo dispositivo, podendo assim, incidir à alteração de guarda compartilhada ou inversão,

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:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e 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;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010, s/p)

3148

Nesse diapasão, preconiza Figueiredo Alexandriadis, no que se refere a alteração e inversão de guarda:

Geralmente a alienação parental é praticada por aquele que detém a guarda do menor, ou seja, aproveita-se o alienador do fato de estar sob a sua autoridade o menor, tendo uma maior proximidade, uma maior relação de confiança estabelecida, para a busca do afastamento do parente vitimado do convívio do menor.

Agindo desta maneira, o alienador guardião não está promovendo a observância do princípio do melhor interesse do menor e, por conta dessa situação, poderá sofrer a alteração da guarda, para a forma compartilhada, ou, sendo inviável a promoção desta, ser invertida a guarda. (ALEXANDRIDIS, 2014, p.123)

E ainda, quanto a fixação do domicílio da criança ou adolescente, clarifica que:

[...] determinará o juiz de forma cautelar o domicílio do menor, podendo, ainda, para garantir o direito de visitas, inverter a obrigação de levar ou retirar a criança o adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar, para que este se responsabilize pelos meios para a sua realização. (ALEXANDRIDIS, 2014, p.127).

Uma vez que, uma das principais vertentes da lei de Alienação Parental seja a de garantir a convivência familiar com ambos os genitores, a mesma pode passar a ser

instrumento de defesa do genitor que é investigado por abuso infantil, que utiliza-se da lei para ter direito sobre a vítima na disputa de guarda.

Dessa forma, para que o interesse do menor seja atendido, as providências previstas no artigo 6º da lei de Alienação Parental devem ser aplicadas de forma gradativa, sempre com intensidade proporcional à apuração feita sobre as acusações, tanto de alienação parental como de abusos.

As decisões que venham a atribuir ou modificar guarda devem ocorrer somente após uma apuração séria capaz de elucidar as controversas versões apresentadas pelas partes, tanto referente aos fatos como nos sinais psicológicos.

A qualidade dessa investigação é um desafio para o Poder Judiciário, que precisa para uma melhor decisão de uma apuração detalhada e completa sobre os fatos apresentados e dos reflexos psicológicos no menor e nos pais.

O problema é que em muitas localidades não há à disposição da justiça todo o aparato necessário para a aferição da verdade real, ficando o magistrado dependente da qualidade das provas produzidas pelas partes, que nem sempre reflete a realidade.

O assunto supracitado fica melhor esclarecido através da afirmativa de Maria Clara Sottomayor:

3149

O próprio GARDNER admite que alguns pais negligentes e abusivos estão a utilizar a SAP como uma manobra de defesa e encobrimento do seu comportamento, e que a sua teoria sobre a distinção entre acusações falsas e verdadeiras, já permitiu que fossem absolvidos progenitores que, de facto, abusaram sexualmente dos filhos/as. (SOTTOMAYOR, 2011, p. 89)

Sem uma estrutura composta por profissionais especializados, equipe de acompanhamento e técnicas de investigação adequadas fica evidente as falhas e brechas dessa legislação e a inversão de sua verdadeira finalidade, propiciando ao infante, situações negativas, que precisam de uma melhor apuração.

Diante desse impasse, fica evidente o desafio do poder judiciário para agir diante da aplicação da lei de alienação parental em disputas de guarda onde há denúncia de abuso infantil.

Esse desafio se evidencia pelo fato de que, assim como há acusações de abuso infantil verídicas que precisam ser averiguadas, o judiciário se depara com acusações inverídicas de abuso que realmente ocorrem pela prática da alienação parental.

Tal afirmativa encontra-se respaldada nas palavras de Maria Berenice Dias:

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação

incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. (DIAS, 2008, p. 2)

A composição de um ambiente qualificado na apuração e resposta poderia viabilizar a solução para muitas demandas e conflitos por meio de outras legislações menos gravosa, como por exemplo o ECA (Estatuto da criança e do adolescente), que vem protegendo os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Quanto a apuração de abuso sexual contra criança e adolescentes, Dias (2013, p.27) dispõe que é necessário a criação de juizados especializados,

Para os processos em que há alegação de abuso sexual contra crianças e adolescentes. Essas Varas devem centralizar todas as demandas, não só as ações criminais contra o agressor. Também ali cabem tramitar as ações de competência do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as questões decorrentes do âmbito do Direito das Famílias, como destituição do poder familiar, regime de convivência, alimentos, etc. Mas é preciso qualificar os magistrados, agentes do Ministério Público, defensores, advogados, servidores para trabalharem nesses Juizados. Do mesmo modo é imprescindível dotar estes espaços com equipes multidisciplinares.

É necessário que tenha uma equipe multidisciplinar para a apuração de abuso sexual, equipe essa, formada por peritos, médicos, assistentes sociais, psicólogos, dentre outros. A propósito, Souza (2020, p. 158-159) explica que:

Distinguir uma falsa denúncia de abuso sexual de uma acusação real não é uma tarefa fácil que se consiga realizar com a análise de provas acostadas aos autos, é necessário que o magistrado esteja amparado por uma equipe multidisciplinar, em especial de psicólogos e assistentes sociais, que são preparados para interpretar a subjetividade de cada caso e, com um olhar mais apurado, opinar a respeito da configuração de um caso fundado em falsa denúncia de abuso sexual ou de uma hipótese real de abuso sexual.

Ferraz (2021, p. 11), explica que a equipe multidisciplinar desempenha a função de “fornecer subsídios para o julgamento do processo, através de estudos técnicos e psicossociais, de forma a somar com o resultado das perícias, convergindo no mais próximo possível que possa se chegar da verdade dos fatos”.

Contudo, é necessário que se tenha uma estrutura melhor do Poder Judiciário para poder receber e tratar destas demandas, pois segundo Souza (2020, p. 159),

É de extrema importância que o Poder Judiciário tenha uma resposta mais rápida para as ações de Alienação Parental, que trate o tema com a urgência que merece, utilizando, desde logo, o espaço de audiência como oportunidade em que o juiz possa ter um contato mais direto com as partes, tendo assim uma maior percepção do caso em concreto e consiga enxergar além do que está escrito no papel.

Em geral as ações que abrangem o direito de família estão relacionadas com sentimentos e emoções que ultrapassam a esfera jurídica e passam longe da simples aplicação da lei. Dessa forma é imperioso que o tema seja tratado de maneira interdisciplinar, com a atuação ampla de equipe técnica especializada, que tem o conhecimento e habilidades necessárias para a condução de entrevistas com as

partes envolvidas de forma que possam extrair informações que contribuam para uma decisão acertada do processo.

Portanto, mesmo que diante das dificuldades probatórias enfrentadas, devem todos os profissionais envolvidos no processo serem capacitados, obter conhecimentos para que possam identificar a falsa denúncia ou que realmente seja caso real de abuso sexual.

Além disso, a atuação profissional deve ser amparada com regras de procedimentais hábeis a identificar e prevenir os casos tanto de abuso como de alienação parental para melhor resposta visando os interesses do menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura familiar representa importante instrumento de proteção do menor dentro do direito brasileiro, porém, essa proteção muitas vezes se encontra fragilizada diante de conflitos dentre os membros da família, como em casos de disputa de guarda e acusação de abuso infantil.

Há no direito brasileiro ampla definição e regulamentação legal quanto a proteção do menor, desde a própria Constituição Federal a legislações especialmente voltadas ao direito do infante, como o ECA (Estatuto da Criança e do adolescente) e a mais recente, lei 12.318/2010 que versa sobre a Alienação Parental.

3151

Apesar de existir mecanismos para a defesa e proteção dos direitos do menor, quando há conflito entre os genitores, é comum ocorrer acusações recíprocas de Alienação Parental e de abuso infantil.

As acusações de alienação parental e de abuso infantil no contexto de definição de guarda pode causar sérios danos ao menor se não forem suficientemente esclarecidas, pois pode levar a atribuição da guarda ao genitor abusador ou autor de alienação parental.

Nesse sentido, nota-se que em alguns casos a resposta do Estado pode falhar diante de algumas situações, como vem ocorrendo com a Lei de Alienação Parental, que, em muitos casos de disputa de guarda, é usada para tumultuar denúncias de abuso infantil.

Diante disso, pode ser apurado na presente pesquisa que é possível ocorrer falha na prestação jurisdicional que pode resultar na definição de guarda a abusadores ou autores de alienação parental em função da má qualidade da apuração e deficiência estrutural no tratamento desses casos.

O problema pode ser enfrentado de forma mais satisfatória com um investimento maior na formação de equipes multidisciplinares capazes de promover uma investigação séria tanto sobre os fatos como sobre as marcas psicológicas presentes nas partes.

Deve, portanto, serem enfrentados pelo poder judiciário, devendo este criar uma estrutura aparelhada através de políticas envolvendo tanto o Ministério Público, quanto uma equipe multidisciplinar que apure minuciosamente os casos de disputas de guarda que envolvam acusações de abuso sexual infantil, equipe essa, formada por peritos, médicos, assistentes sociais, psicólogos, dentre outros.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO, F. V. **Alienação Parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. Banco do Conhecimento. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2008. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, v. 21, n. 1, 2006. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rvjusdire20&div=11&id=&page=>. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

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. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Não paginado. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 01 out. 2023.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do Melhor Interesse da Criança: Construção Teórica e Aplicação Prática no Direito Brasileiro**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/en.php>. Acesso em: 01 out. 2023.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 4. ed. 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e o mito da família feliz**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. – 14, ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

3153

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso. **Jus Navigandi**, v. 10, n. 1, p. 1, 2008.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

FERRAZ, Daniela da Silva. O abuso sexual e a alienação parental: uma análise das possíveis consequências provocadas por falsas acusações. 2021. **Repositório Universitário da Ânima (RUNA)**, Guanambi – BA. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13410>. Acesso em: 01 out. 2023.

FIÚZA, César Augusto de Castro. Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. **Revista do CAO Cível**. Belém, v. 11, n. 15, p. 52, Jan-/Dez, 2009. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-450851>. Acesso em: 01 out. 2023.

Gagliano, Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP). **Manuscrito não publicado. Tradução para o português por Rita Rafaeli**, 2002. Disponível em: <http://www.mediacaoparental.org>. Acesso em: 01 out. 2023.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Universidade Federal Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/deradoo5.pdf>. Acesso em: 01 out. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. – 9. Ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO, Marina Gomide Queiroz. **A aplicação da Lei 12.318/10 nos tribunais brasileiros como um possível obstáculo para as denúncias de abuso infantil: uma análise da Lei da Alienação Parental sob a ótica da proteção integral da criança**. 2019. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/28222>. Acesso em: 01 out. 2023.

3154

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 7.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção** – aspectos legais e processuais / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 20^a ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Breves Linhas Sobre a Alienação Parental. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 124, 2011. Não paginado. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1270>. Acesso em: 01 out. 2023.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 - comentado artigo por artigo.** – II. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Júlia Carolina Gonçalves da. **Guarda Unilateral: a alienação parental e os danos decorrentes sob a ótica do direito brasileiro.** 2021. Repositório Universitário de Ânima – RUNA, UNISOCIESC. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/20043>. Acesso em: 01 out. 2023.

SOBREIRA, Fábio Tavares. **Direito constitucional e direitos humanos.** Carlos Afonso Gonçalves da Silva, Fábio Tavares Sobreira; coordenação Fábio Vieira Figueiredo, Marcelo Tadeu Cometti e Nestor Sampaio Penteado Filho. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Angélica Cristina Carvalho Barcelos. A Lei de Alienação Parental e os Reflexos das Falsas Denúncias de Abuso Sexual Intrafamiliar. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Volume – nº 2 – Tomo (A/J) – Jul./Dez. 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2020/tomos/tomoI/versao-digital/4/#zoom=z. Acesso em: 01 out. 2023.

SPERANDIO, Vittoria Bruschi, O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56981/o-valor-probatorio-dapalavra-da-vitima-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em: 01 out. 2023.

SOTTOMAYOR, C.; MARIA, **uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família**, Coimbra editora, 2011.

3155

VENOSA, S. S. **Direito civil: parte geral.** 20ª edição. São Paulo. Atlas, 2020.